

Die Submission der öffentlichen Hand
im Bauwesen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

PETER GALLI

von Richterswil ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Ulrich Häfelin

1901

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Submission der öffentlichen Hand im Bauwesen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

PETER GALLI

von Richterswil ZH

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Ulrich Häfelin

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 27. Mai 1981

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 30 der Reihe

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von U. Häfelin, W. Haller, W. Kägi, G. Müller, H. Nef, D. Schindler und F. Zuppinger

Dank

Herrn Prof. Dr. Ulrich Häfelin, meinem Doktorvater, möchte ich für sein Interesse, das er meiner Dissertation entgegenbrachte, für seine wertvollen Hinweise und für die Freiheit, die er mir bei der Bearbeitung des Themas gewährte, herzlich danken.

Danken möchte ich auch den zahlreichen Persönlichkeiten aus Gerichts- und Verwaltungsbehörden sowie der Privatwirtschaft, ohne deren Hilfe die vorliegende Arbeit nicht in dieser Form hätte entstehen können. Dieser Dank geht insbesondere an den Präsidenten des Schwyzer Verwaltungsgerichtes, Herrn lic. iur. Werner Bruhin, an den Vizepräsidenten des Zürcher Verwaltungsgerichtes, Herrn Dr. iur. Hans-Peter Moser, an den stellvertretenden Direktionssekretär der Direktion der öffentlichen Bauten des Kantons Zürich, Herrn Dr. iur. Ernst Heiniger† und an den Sekretär der Gruppe der Schweizerischen Bauindustrie, Herrn Fürsprecher Hans-Rudolf Schär.

Danken möchte ich sodann der Losinger-Stiftung zur Unterstützung wissenschaftlicher Arbeiten auf dem Gebiete des Bauwesens für ihren Beitrag an die Druckkosten.

Für die Korrektur der Arbeit sei im weiteren Frl. stud. phil. I Regula Bächinger und Herrn lic. iur. Thomas Hammer recht herzlich gedankt. Mein Dank richtet sich auch an Frau Monique Gysin für die saubere Abschrift des Manuskriptes.

Nicht zuletzt möchte ich hier auch meinen lieben Eltern, mit deren Unterstützung ich stets rechnen durfte, von ganzem Herzen danken; ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Inhaltsverzeichnis	V -	XI
Abkürzungsverzeichnis	XII -	XIX
Bibliographie	XX -	XXIX

1. Kapitel: GRUNDLAGEN

§ 1	Einleitung	1
§ 2	Wirtschaftliche Bedeutung des staatlichen Vergabewesens	2
§ 3	Die bei der Vergabe von öffentlichen Arbeiten und Lieferungen im Spiele stehenden Interessen	10
A.	Die Interessen des Gemeinwesens	10
I	Im allgemeinen	10
II	Strukturpolitik	15
1.	Ziele der Strukturpolitik	16
2.	Zulässigkeit solcher Strukturpolitik	19
a.	Im internationalen Verhältnis	19
b.	Im Bunde	20
c.	In den Kantonen und Gemeinden	21
III	Sozialpolitik	26
1.	Ziele	26
2.	Der Arbeitnehmerschutz im besonderen	26
3.	Zulässigkeit solcher Sozialpolitik	30
B.	Die Interessen der Unternehmer	33
C.	Günstigstes Angebot; Unterangebot; Interessengegensatz	38
D.	Vergabepolitik und Konjunkturlage, Zulassung von Abgebotsrunden	43
E.	Kodifizierung des Vergaberechtes	45

2. Kapitel: BEGRIFF UND ANWENDUNG DER SUBMISSION

§ 1	Begriff	47
§ 2	Abgrenzung des Submissionsbegriffes von verwandten Rechtsinstitutionen; Rechtsfolgen der Submission	50
A.	Im allgemeinen	50
B.	Abgrenzung von der Auslobung	51
C.	Abgrenzung vom Antrag	53
D.	Abgrenzung von der Versteigerung bzw. der Lizitation	53
E.	Abgrenzung der "gewöhnlichen" Submission vom Submissionswettbewerb	54
F.	Exkurs: Opportunität der Anwendung der Submission auf die Vergebung von Architekten- und Ingenieuraufträgen	56

3. Kapitel: INHALT UND RECHTSNATUR DER VORSCHRIFTEN UEBER DAS STAATLICHE VERGABEWESEN

§ 1	Inhalt der Submissionsordnungen	60
1.	Geltungsbereiche	60
2.	Anwendung von Normen privater Organisationen	62
3.	Art der Vergebung	62
4.	Die Ausschreibung des Auftrages	63
5.	Zulassungsbedingungen	63
6.	Varianten	64
7.	Offertöffnung	64
8.	Ausschluss von eingereichten Offerten	65
9.	Zulässigkeit von Verhandlungen	65
10.	Zuschlagskriterien	65
11.	Vertrag	66
12.	Arbeitnehmerschutz	66
13.	Rechtsmittel im Zusammenhang mit dem Arbeitszuschlag	67
14.	Submissionsrechtliche Sanktionen	68

§ 2	Rechtsnatur der Submissionsordnungen	69
A.	Arten von Submissionserlassen	69
B.	Rechtliche Qualifikation im einzelnen	71
I	Im allgemeinen	71
II	Die Rechtsprechung	72
III	Die Literatur	75
IV	Eigene Meinung	79
C.	In welcher Form sind Submissionsordnungen zu erlassen ?	83
I	Meinungen in der Literatur	83
II	Eigene Meinung	84
4.	Kapitel: DAS VERHANDLUNGSVERHAELTNIS	90
§ 1	Rechtsnatur des Verhandlungsverhältnisses	90
§ 2	Privatautonomie des Gemeinwesens	91
A.	Das Ermessen	92
B.	Bindung an das Submissionsrecht	93
C.	Grundrechtsbindung der Vergabebehörden	95
§ 3	Vorvertragliche Treuepflichten	96
1.	Die Pflicht ernsthaft zu verhandeln	98
2.	Aufklärungspflichten	98
3.	Gleichbehandlung der Submittenten	100
4.	Wahrheitspflicht	101
5.	Schweigepflicht	101
6.	Unrichtige Angaben über kostenbildende Faktoren	103
7.	Unternehmervarianten	103
8.	Preisabsprachen unter den Submittenten	104
§ 4	Rechtliche Einordnung der Haftung aus culpa in contrahendo	107
§ 5	Kartellrechtliche Relevanz des Verhandlungsverhältnisses	109
A.	Kartellrechtliche Beurteilung der staatlichen Nachfragerstellung	109

I	Anwendbarkeit des Kartellgesetzes	109
	1. Im allgemeinen	109
	2. Begriff der Nachfragemacht	110
	3. Kommt den Gemeinwesen eine kartellrechtlich relevante Nachfragemacht auf dem Gebiete der Arbeitsvergabe zu ?	110
	4. Wann übt eine Vergabebehörde ihre Nachfragemacht missbräuchlich aus und verstösst damit gegen das Kartellgesetz ?	112
II	Kartellrechtliche Konsequenzen	114
	1. Aufgrund des Kartellzivilrechtes	114
	a. Existenzgefährdung des Unternehmers	115
	b. Diskriminierung der Konkurrenten	116
	c. Vergabepflicht	116
	2. Aufgrund des Kartellverwaltungsrechtes	118
III	Folgerungen für das staatliche Vergabewesen	120
B.	Kartellrechtliche Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkungen durch die Submittenten (Submissionskartelle)	121
I	Fragestellung; kartellrechtliche Subsumtion der Wettbewerbsbeschränkungen	121
II	Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelnen	125
	1. Geltungsbereich des Kartellgesetzes	126
	a. Formlos aufeinander abgestimmtes Verhalten	126
	b. Abschluss von Submissionskonventionen	127
	c. Systematisch durchgeführte Submittentenversammlungen, die in der Regel von den Berufsverbänden organisiert werden	128
	2. Die anwendbaren kartellrechtlichen Bestimmungen	129
	a. Im allgemeinen	129
	b. Volkswirtschaftlich- oder soziale Schädlichkeit	130

C. Rechtliche Beurteilung von Unterangeboten	141
I Submissionsordnungen und Unterangebote	145
II Sanktionen des UWG	146
1. Die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe	146
2. Der strafrechtliche Anspruch	147
III Fazit	148
 5. Kapitel: DER ZUSCHLAG	 150
§ 1 Rechtsnatur des Zuschlages und der anderen submissionsrechtlichen Massnahmen, die die Bewerber berühren	 150
§ 2 Sanktionen gegen die am Vergabungsverfahren beteiligten Personen	 156
A. Disziplinarische Verantwortung der Vergabebeamten	 156
B. Submissionsrechtliche Sanktionen gegen fehlbare Unternehmer	 160
C. Strafrechtliche Sanktionen	162
I Amtsmisbrauch, StGB 312	162
II Ungetreue Amtsführung, StGB 314	168
III Bestechungstatbestände	170
1. Strafbarkeit der Vergabebehörden	170
a. Annahme von Geschenken, StGB 316	170
b. Sich bestechen lassen, StGB 315	172
2. Strafbarkeit des Unternehmers	172
§ 3 Frage des Anspruches auf den Staatsauftrag	174
A. Anspruch aufgrund des Kartellgesetzes	174
B. Anspruch aufgrund des Submissionsrechtes	175
C. Anspruch aufgrund von Freiheitsrechten	178
§ 4 Rechtsschutz der Submittenten	183
A. Rechtsprechung des Bundesgerichtes und die Gutachtenspraxis der Eidgenössischen Justizabteilung	 183
I Die zur Verfügung stehenden Bundes- rechtsmittel	 183
II Die Praxis im Einzelnen	184

B. Rechtsprechung einiger kantonaler Instanzen	189
I Kanton Wallis	190
II Kanton Aargau	190
III Die Kantone Bern und Zürich	191
IV Kanton Schwyz	192
V Kanton Obwalden	198
C. Kritik an der herrschenden Rechtsprechung	199
I Abwägung der widerstreitenden Interessen und das sich daraus ergebende Mass des zu postulierenden Rechtsschutzes	200
II Der nicht formelle Rechtsschutz erfüllt die gestellten Anforderungen nicht	206
1. Aufsichtsbeschwerde	207
2. Zivilrechtlicher Rechtsschutz	208
3. Ombudsmann	209
4. Fazit	214
D. Anzustrebender Rechtsschutz de lege lata	214
I Begründungszwang und Rechtsmittel- belehrung	215
II Rechtsmittel, die de lege lata demnach zur Verfügung stehen müssten	218
1. Eidgenössische Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerde	218
a. Anwendungsbereich im Submissions- recht	218
b. Legitimation zur Ergreifung von Bundesverwaltungsrechtsmitteln	221
aa. Der leer ausgegangene Sub- mittent	222
bb. Der steuerzahlende Bürger	223
cc. Die Berufsverbände	224
c. Frage der Kompetenzattraktion	225
aa. Ansprüche aus dem Vertrags- verhältnis	225
bb. Ansprüche aus culpa in contrahendo	226
2. Staatsrechtliche Beschwerde	227
a. Anwendungsbereich im Submis- sionsrecht	227

b. Aktivlegitimation	228
aa. Der leer ausgegangene Bewerber	229
bb. Die Bürger sowie die Berufs- und Wirtschaftsverbände	230
c. Verhältnis zu den kantonalen Rechtsmitteln	231
3. Kantonale Rechtsmittel	232
a. Kantone, welche nur die Aufsichts- beschwerde und die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung stellen	232
b. Kantone, welche verwaltungsun- abhängige, formelle, öffentlich- rechtliche Rechtsmittel gegen submissionsrechtliche Anordnungen zur Verfügung stellen, obwohl das anwendbare Submissionsrecht dies nicht ausdrücklich normiert	235
c. Kantone, welche ausdrücklich normierte formelle Verwaltungs- rechtsmittel gegen Submissions- verfügungen kennen	236
6. Kapitel: RECHTSNATUR DES BAUVERTRAGES ZWISCHEN DEM GEMEINWESEN UND DEM PRIVATEN UNTERNEHMER	238
§ 1 Stellt der Bau-"vertrag" eine mitwirkungs- bedürftige Verfügung dar ?	238
§ 2 Der Bauvertrag als ein öffentlich- oder ein privatrechtliches Rechtsgeschäft	241
A. Meinungen in Wissenschaft und Praxis	241
B. Eigene Meinung	244
I Grundsatz	244
II Ausnahme	250
7. Kapitel: DIE WICHTIGSTEN RESULTATE	260
Anhang I SO/SZ	263
Anhang II SO/ZH	270
Anhang III Bundes-SO	276

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.a.O.	am angeführten Ort
AG (SO)	(Kanton Aargau); VO über die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen vom 16. Juli 1940.
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AFB	Amt für Bundesbauten - die neue Bezeichnung für die frühere D+B = Direktion der Eidgenössischen Bauten
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
ArbG	BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, SR 822.11
Art.	Artikel
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen. Titel seit 1948: Sammlung des eidgenössischen Gesetze, Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen. Seit 1969: Sammlung der Eidgenössischen Gesetze.
ASB	Bundesamt für Strassenbau: Dieses ist nach VNSG 36 zur Genehmigung von kantonalen Arbeitsvergebungen im Nationalstrassenbau zuständig.
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, Aarau
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
BB	Betriebs-Berater, Heidelberg
BB	Bundesbeschluss
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft

BE (SO)	(Kanton Bern); VO über die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen für den Staat (Submissionsverordnung) vom 7. November 1967, in Berner Gesetzessammlung 1967, S. 213 ff.
Be (SO)	(Stadt Bern); VO über die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen durch die Stadt Bern (Submissionsverordnung) vom 28. Juni 1972.
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BGer.	Bundesgericht
BIA	Basler Ingenieur- und Architektenverein (Sektion des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel seit 1954
BRB	Bundesratsbeschluss
Bundes-EinkaufsVO	VO über das Einkaufswesen des Bundes (Einkaufsverordnung) vom 8. Dezember 1975, SR 172.056.13
Bundes-SO	VO über die Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten und Lieferungen bei Hoch- und Tiefbauten (Submissionsverordnung) vom 31. März 1971; SR 172.056.12
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
Diss.	Dissertation
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandelsassoziation)
EFZD	Eidgenössisches Finanz- und Zolldepartement

f./{ff.})	und folgende Seite (n)
FR (SO)	(Kanton Freiburg); Reglement betreffend die Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten und Lieferungen für den Staat (Submissionsverordnung) vom 16. April 1974; in Amtliche Sammlung der Gesetze 1974, S. 55 ff.; ergänzt durch einen Staatsratsbeschluss vom 23. März 1976
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GE (SO)	(Kanton Genf); Règlement du 9 juillet 1975 concernant la mise en soumission et l'adjudication des travaux publics, des travaux en bâtiment et des fournitures qui s'y rapportent, modifié par le règlement du 22 octobre 1975
Ge (SO)	(Stadt Genf); Cahier des charges et conditions générales pour l'adjudication et l'exécution des travaux du 4 juin 1946
Ger.	Gericht
GG / ZH	(Kanton Zürich); Gesetz über das Gemeinwesen vom 6. Juni 1926; in Zürcher Gesetzessammlung (ZG) Band 1, S. 469, mit seitherigen Aenderungen
GOG / OW	Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 4. März 1973; in Landbuch des Kantons Obwalden, XIII. Band, S. 61
gl.M.	gleicher Meinung
GR	Groupement romand des maîtres ferblantiers et appareilleurs
GU	Generalunternehmer
GVG	BG über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (Geschäftsverkehrsgesetz) vom 23. März 1962, SR 171.11
Habil.	Habilitationsschrift
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
JDT	Journal des Tribunaux, Lausanne seit 1853
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
KG	BG über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (Kartellgesetz); SR 251

KK	Kartellkommission
KR	Kantonsrat
Krisenbekämpfung	VV zum BG über die Vorbereitung der Krisenbekämpfung und Arbeitsbeschaffung vom 12. März 1956 (AS 1956, S. 575), Fassung gemäss BRB vom 4. Oktober 1971 (AS 1971, S. 1403)
Lausanne (SO)	(Stadt Lausanne); Cahier des charges; conditions générales imposées à tous les entrepreneurs du 24 octobre 1939
lit.	litera = Buchstabe
LU (SO)	(Kanton Luzern); Submissionsgesetz vom 10. April 1973; in Gesetzessammlung des Kantons Luzern, I. Teil: Gesetze und Dekrete, XVIII. Band, Nr. 500, S. 335 ff.
LU-VVO (SO)	(Kanton Luzern); VO zum Submissionsgesetz vom 9. Juli 1973; in Gesetzesammlung des Kantons Luzern, II. Teil: Verordnungen und Beschlüsse des RR und des Obergerichtes des Kantons Luzern, XVIII. Band, Nr. 500 a, S. 694 ff.
m.a.W.	mit anderen Worten
MBV	Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht, Bern seit 1903
m.E.	meines Erachtens
N	Fussnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München
NR	Nationalrat
NSG	BG über die Nationalstrassen (Nationalstrassengesetz) vom 8. März 1960, SR 725.11
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, SR 173.110
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
PR/Zh	(Stadt Zürich); VO über das Dienstverhältnis der Arbeitnehmer der Stadt Zürich vom 1. September 1976, in Kraft seit dem 1. Januar 1978 (Personalrecht)

RB / ZH	Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich an den Kantonsrat
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal, Lausanne seit 1945
RR	Regierungsrat
SBB (SO)	Bundesrätliche VO über die Ausschreibung und Vergabung von Arbeiten und Lieferungen bei Hoch- und Tiefbauten (Submissionsverordnung) vom 31. März 1971 mit Ausführungsbestimmungen für die Anwendung im Bereiche der Schweizerischen Bundesbahnen, Generaldirektion, Bauabteilung
SBI	Gruppe der Schweizerischen Bauindustrie
SBV	Schweizerischer Baumeisterverband
SGS	Systematische Gesetzessammlung
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SIA, Norm 117	Norm für die Ausschreibung und Vergabung von Arbeiten und Lieferungen bei Bauarbeiten (Submissionsverfahren), Ausgabe 1972
SIA, Norm 118	Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 1977
SIA, Norm 152	Ordnung für Architekturwettbewerbe, Ausgabe 1972
SIA, Norm 153	Ordnung für Bauingenieurwettbewerbe, Ausgabe 1972
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich seit 1904
SO(en)	Submissionsordnung(en)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechtes
SSIV	Schweizerischer Spenglermeister und Installateurverband
StB	Staatsrechtliche Beschwerde
StenBull. (NR, StR)	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung; seit 1967: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat, Ständerat)

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937; SR 311.0
StR	Ständerat
SZ (SO)	(Kanton Schwyz); VO über die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen (Submissionsverordnung) vom 6. Februar 1976; in Schwyzer Gesetzessammlung, Band IV, Nr. 494 (ist im Anhang im Wortlaut wiedergegeben)
TI (SO)	(Kanton Tessin); Legge sugli appalti del 12 settembre 1978; Dekret des Tessiner Grossen Rates; in Raccolta delle leggi vigente del Cantone Ticino; Volume VI, Nr. 230
TI (Direttive)	(Kanton Tessin); Direttive di applicazione della legge sugli appalti del 12 settembre 1978, del 28 marzo e 20 giugno 1979; in Raccolta delle leggi vigente del Cantone Ticino, Volume VI, Nr. 230 a
TI (Regolamento)	(Kanton Tessin); Regolamento di applicazione della legge sugli appalti del 12 settembre 1978, del 13 febbraio 1979; in Raccolta delle leggi vigente del Cantone Ticino, Volume VI, Nr. 230 b
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943; SR 241
VE	Vorentwurf
VGE	Verwaltungsgerichtsentscheid
vgl.	vergleiche
VKK	Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission
VNSG	VO über die Nationalstrassen vom 24. März 1964, SR 725.111
VO	Verordnung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, Bern
VRG / BE	(Kanton Bern); Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 22. Oktober 1961, 12. September 1971 und 30. August 1977; in Bernische Gesetzessammlung, Band 1/2, Nr. 155.21

VRG / ZH	(Kanton Zürich); Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 24. Mai 1959, Neudruck 1978, in ZG Band I, S. 253 mit seitherigen Aenderungen
VRP / SZ	(Kanton Schwyz); VO über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974, in SGS/SZ Nr. 225
VS (SO)	(Kanton Wallis); Reglement des Staates des Kantons Wallis betreffend die öffentliche Ausschreibung und Vergabung von Arbeiten und Lieferungen vom 26. Oktober 1977, in SGS/VS Nr. 1192
VV	Vollziehungsverordnung
VVRG / VS	(Kanton Wallis); Gesetz vom 6. Oktober 1976 über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege; in SGS/VS Nr. 351
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 178.021
Wettbewerbsreglement	Reglement für die Teilnahme an Submissionen und die Abgabe von Preisofferten des SBV, Ausgabe 1978
WuR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht, Zürich seit 1949
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern seit 1864
ZBl.	Zentralblatt; Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich, seit 1900
ZG	Bereinigte Zürcher Gesetzessammlung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH (SO)	(Kanton Zürich); VO über die Vergabung von Arbeiten und Lieferungen für den Staat (Submissionsverordnung) vom 19. Dezember 1968; in Offizielle Sammlung der Zürcher Gesetze (OS) Band 43, S. 165

ZH, Richtlinien	(Kanton Zürich); Richtlinien der Baudirektion zur VO über die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen für den Staat (Submissionsverordnung) vom 19. Dezember 1968 und vom 19. Dezember 1975
ZH, Ergänzende Richtlinien	(Kanton Zürich); Ergänzende Richtlinien der Baudirektion vom 1. Januar 1976 zur Submissionsverordnung vom 19. Dezember 1968 zur Ausschaltung von Unterangeboten und Wettbewerben mit preisgleichen Offerten
Zh (SO)	(Stadt Zürich); Submissionsverordnung; Gemeinderatsbeschluss vom 19. Dezember 1973
Zh Bed.	(Stadt Zürich); Bedingungen für Arbeiten und Lieferungen zu Hoch- und Tiefbauten der Stadtverwaltung; Stadtratsbeschluss vom 29. März 1978
ZHVGer	Verwaltungsgericht des Kantons Zürich
ZIA	Zürcher Ingenieur- und Architektenverein, Sektion des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich seit 1902
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel seit 1852

B i b l i o g r a p h i e

Angegeben wird die verwendete Literatur und deren Zitierweise.

- ABDERHALDEN ERNST, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu den Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, Uebersicht über die im Jahre 1951 ergangenen Urteile, in WuR 1952, 147 ff., zit. Abderhalden, Rechtsprechung 1951
- derselbe, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu den Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, Uebersicht über die vom 1. Oktober 1947 bis 31. Dezember 1948 ergangenen Urteile, in WuR 1949, 208 ff., zit. Abderhalden, Rechtsprechung 1947/48
- ANGEKNABBERTE PREISFREIHEIT, Problematische Revision des UWG, in NZZ Nr. 136 vom 14./15. Juni 1980
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Traité de Droit constitutionnel Suisse, Zwei Bände, Paris/Neuchâtel 1967, zit. Aubert
- BECKER HANS, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, zweite Auflage, Bern 1941, zit. Becker
- BERICHT des Beauftragten in Beschwerdesachen, Stadt Zürich 1975, zit. Bericht Ombudsmann
- BERICHT über die Handhabung des Submissionswesens des Bundes in Zeiten der Rezession, Stand Mitte Juni 1976, herausgegeben von der Direktion der Eidgenössischen Bauten, zit. Bericht der Direktion der öffentlichen Bauten
- BERICHT der Geschäftsprüfungskommission an den Nationalrat über die Arbeitsvergebung durch den Bund vom 16. August 1978, Auszug Nr. 78.051, zit. Bericht (ebenso in BBl. 1978 II, 939 ff.)
- BIETENHOLZ W., Der unlautere Wettbewerb, Zürich 1946
- BIRCHMEIER W., Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, unter Berücksichtigung der Schluss- und Uebergangsbestimmungen, Zürich 1950, zit. Birchmeier
- BONNARD CLAUDE, Problèmes relatifs au recours de droit public, in ZSR NF 81 (1962) II, 406 ff.

- BOSSHART EDUARD, Zürcherische Verwaltungsrechtspflege,
Zürich 1960
- BULLINGER MARTIN, Vertrag und Verwaltungsakt, Beiträge zum
öffentlichen Recht, herausgegeben vom E. Forsthoff,
Band 9, Stuttgart 1962
- BURCKHARDT WALTHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes im
Jahre 1934, in ZBJV 71 (1935), 617 ff., zit.
Burckhardt, Rechtsprechung
- VON BUEREN BRUNO, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren
Wettbewerb vom 30. September 1943, unter Einschluss
der Einkaufsverordnung vom 16. April 1947,
Zürich 1957
- DREYER GEORGES, Les Marchés de Travaux publics et la Procédure
de Soumission, Diss. Freiburg 1938
- DESCHENAUX HENRI, Les soumissions en droit des cartels, in
Tagungsunterlagen aus dem Seminar für schweizerisches
Baurecht, Freiburger Baurechtstagung 1979
- EBNER FRITZ, Problematische Wirtschaftsförderung durch die
Kantone, in NZZ Nr. 113 vom 17./18. Mai 1980,
zit. Ebner
- ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, disposi-
tions générales du Code des Obligations,
Neuchâtel 1973
- ERICHSEN H.-U./MARTENS W., Allgemeines Verwaltungsrecht, vierte
Auflage, Berlin 1979
- FEHR OTTO, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich,
Diss. Zürich 1941
- FELDMANN OTTO, Die Bestechungsdelikte, Diss. Freiburg 1967
- FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCARIA, Schweizerisches Bundes-
staatsrecht, unveränderter Nachdruck 1976 der
Neubearbeitung 1949, Zürich
- FLEINER FRITZ, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes,
achte Auflage, Zürich 1939
- FLEINER THOMAS, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen
Verwaltungsrechtes, Zürich 1977
- GALLI PETER, Bemerkungen zu dem vom Autor übersetzten Entscheid
des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 8. November
1978, in ZBl. 81 (1980), 229, zit. Galli
- GAUCH PETER, Einige Fragen zum Bauvertrag, in SJZ 72 (1976),
155 ff.

- GAUCH PETER, Der Unternehmer im Werkvertrag, Ein systematischer Grundriss, zweite vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1977, zit. Gauch, Werkvertrag
- derselbe, Von der revidierten SIA-Norm 118, in Gedächtnisschrift für Peter Jäggi, Freiburg 1977, S. 203 ff.
- derselbe, Die Submission, in Tagungsunterlagen des Seminars für Schweizerisches Baurecht, Freiburg 1979, zit. Gauch, Tagungsunterlagen 1979
- derselbe, Aktuelle Rechtsfragen des Bauvertrages, Vortrag vor dem Zürcher Juristenverein vom 15. Januar 1976, unveröffentlicht
- GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht), zweite Auflage, Zürich 1981, zit. Gauch/Schluep/Jäggi
- GERMANN OSKAR ADOLF, Concurrence déloyale, Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb mit Erläuterungen, bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtes und Sachregister, Zürich 1945
- GESAMTMEHRJAHRESPROGRAMM 1979 der öffentlichen Bauten und Industrieaufträge (Programme multiannuel général 1979 des travaux publics et des commandes à l'industrie), Bundesamt für Konjunkturfragen (Office fédéral des questions conjoncturelles), zit. Gesamtmehrjahresprogramm
- GIACOMETTI ZACCARIA, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941
- derselbe, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes, Die staatsrechtliche Beschwerde, Zürich 1933
- GITBUD LEO, Die rechtliche Behandlung der Preisunterbietung nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und der Kartellgesetzgebung in der Schweiz und in Deutschland, Diss. München 1974
- GMÜR RUDOLF, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, Ja-Sonderheft 2, Gieseking Verlag, Münster 1978
- GRISEL ANDRE, Droit administratif Suisse, Neuchâtel 1970, zit. Grisel
- derselbe, Juridiction constitutionnelle de demain, in ZBl. 72 (1971), 212 ff.

- GRUNDSÄTZE für die Vergebung von Aufträgen der öffentlichen Hand, herausgegeben von der Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit, Bericht vom 4. April 1978, zit. Grundsätze
- GYGI FRITZ, Bundesverwaltungsrechtspflege, Grundriss und Textausgabe mit Anmerkungen, Bern 1979
- GYSIN ARNOLD, Inhalt, Wirkungen, Anwendung und Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages, in ZBJV 93 (1957), 417 ff., zit. Gysin, GAV
- HAFTER ERNST, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Band II, Berlin 1943
- HANGARTNER YVO, Reform des Beamtendisziplinarrechtes, in ZBl. 71 (1970), 425 ff.
- HAURIOU MAURICE, La Théorie de l'Institution et de la Fondation, Essai de Vitalisme social, 1925; deutsche Bearbeitung des Werkes: Die Theorie der Institution und der Gründung, herausgegeben von R. Schnur, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 5, Berlin 1965
- HOMBURGER ERIC, Kritische Bemerkungen zum Artikel von Prof. Dr. rer. pol. et lic. iur. Hugo Sieber über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, in WuR 1973, 48 ff., zit. Homburger, Kritische Bemerkungen
- HUBER HANS, Die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1963, in ZBJV 100 (1964), 423 ff., zit. Huber, Rechtsprechung 1963
- derselbe, Die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1947, in ZBJV 85 (1949), 49 ff., zit. Huber, Rechtsprechung 1947
- derselbe, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen, Diss. Bern 1926
- IMBODEN MAX, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 38, zweite Auflage, Basel und Stuttgart 1962
- derselbe, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in ZSR NF 77 (1958), Band II, 1a ff.
- IMBODEN MAX/RHINOW RENE, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, fünfte, neubearbeitete und erweiterte Auflage von René Rhinow, Bände I und II, Basel und Stuttgart 1976, zit. Imboden/Rhinow
- IPSEN HANS PETER, Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin und Köln 1956

- JÄGGI PETER, Erläuterungen zu Art. 1 - 17 OR, in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, dritte völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich 1973
- derselbe, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger*, Freiburg 1968, 181 ff.
- derselbe, Unveröffentlichtes Gutachten zuhanden des SBI über Werkvertragsprobleme im Nationalstrassenbau als Folge von Budgetrestriktionen, Freiburg, 10. September 1974, zit. Gutachten
- JETZLER ROLF P., Lockvogelwerbung, Die wettbewerbspolitisch motivierte Preisunterbietung als unlauterer Wettbewerb, Diss. Zürich 1979
- JUNG WALTER, Devoirs généraux et obligations, in *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger*, Freiburg 1968, 163 ff.
- JUNOD CHARLES-ANDRE, Problèmes actuels de la constitution économique suisse, in ZSR NF 89 (1970) Band II, 390 ff., zit. Junod
- KELLER BEAT, Der Ombudsmann der Stadt Zürich - ein schweizerisches Modell, Diss. Zürich 1979, zit. Keller
- KELLER DIETER, Das neue Disziplinarrecht der Stadt Zürich, Vom Disziplinarstrafrecht zum Disziplinarmassnahmenrecht, in ZBl. 79 (1978), 185 ff.
- KÖLZ ALFRED, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, zit. Kölz, VRG-Kommentar
- LEIGGENER ERWIN, Die Vergebung von öffentlichen Aufträgen der Gemeinwesen als Problem des Rechtsstaates, Diss. Freiburg 1976, zit. Leiggener
- LEISNER WALTER, Grundrechte und Privatrecht, München/Berlin 1960
- LOGOZ PAUL, Commentaire du Code Pénal Suisse, partie spéciale II, Vandoeuvres (Genève) 1956
- MACHERET AUGUSTIN, La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, in RDAF 1974, 20 ff.
- derselbe, La qualité pour recourir: clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral, in ZSR NF 94 (1975) II, S. 131 ff.
- Les MANDATS d'ingénieurs et d'architectes doivent-ils être attribués sur la base de soumission ? Article rédigé par le secrétariat général de la SIA après examen approfondi par le Comité central, à la suite de la parition de l'article "Zeitgemässe Interessenwahrung des Bauherrn" dans la Schweizerische Bauzeitung,

NR 1/2 1976; in Bulletin technique de la Suisse
romande 102^e année, Nr. 14, 8. Juli 1976

- MANFRINI PIERRE LOUIS, Nature et effets juridiques des ordonnances administratives, Diss. Genf 1978, zit. Manfrini
- MARTI HANS, Die staatsrechtliche Beschwerde, mit Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bis zum 1. August 1978, vierte Auflage, Basel 1979
- derselbe, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, in ZSR NF 81 (1962) Band II, 43, zit. Marti
- derselbe, Die Wirtschaftsfreiheit der Schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1976, zit. Marti, Wirtschaftsfreiheit
- derselbe, Die aufsehende Gewalt, in Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 75 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung umfassend die Artikel 1 - 10 ZGB, Bern 1966, zit. Meier-Hayoz, Berner Kommentar
- MERZ HANS, Das Schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967
- METTLER MAX, Das Zürcher Gemeindegesetz, dritte Auflage, Zürich 1976
- MICHEL NICOLAS, La conclusion des marchés publics, Les procédures de mise en soumission et d'adjudication des travaux et fournitures par les collectivités publiques - Droit suisse et droit international, Diss. Freiburg 1980, zit. Michel
- MUELLER JÖRG P., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1977, in ZBJV 115 (1979), 122, zit. Müller, Rechtsprechung 1977
- MUELLER PAUL RICHARD, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechtes, Diss. St. Gallen 1970
- MUTZNER RAETUS, Bundeszivilrecht und kantonales öffentliches Recht, Diss. Zürich 1939
- OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1929, zit. Oser/Schönenberger
- PETER WALTER, Die Bestechung im Schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1946

- PIFFNER ENZO, Kein Fall für die Kartellkommission, in NZZ Nr. 207 vom 7. September 1979
- PIOTET PAUL, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Bern 1963, zit.
Piotet, culpa in contrahendo
- derselbe, Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle, in ZSR NF 94 (1975), 253 ff.
- derselbe, La responsabilité précontractuelle des incapables, in JdT 1977, 200 ff.
- PROTEKTIONISMUS, Die Stadt als Auftraggeber, Absage an den Protektionismus, in NZZ Nr. 174 vom 30. Juli 1979
- REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, fünfte neubearbeitete Auflage, Bern 1979, zit. Rehbinder
- SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel der Zeit, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu den Grundrechten in einer sich wandelnden Umwelt, Bern 1970, zit. Saladin
- derselbe, Unerfüllte Bundesverfassung, in ZSR NF 93 (1974) I, 307 ff.
- SCHLUEP WALTER R., Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, in WuR 1969, 194 ff.
- derselbe, Lockvogelpreise und Lockvogelmarken im schweizerischen Recht; in prix et marques d'appel en droit comparé, Aspects économiques et juridiques, Actes du Colloque de Lausanne, Genève 1976, S. 1 ff.
- SCHMID HANS, Die staatliche Beschaffungspolitik, Ein Beitrag zu den Einkaufsverfahren der öffentlichen Hand, Bern und Stuttgart 1972, zit. Schmid
- SCHMIDHAUSER BRUNO, Materialien 1978 zur Revision des Schweizerischen Kartellgesetzes, Entwurf der Schweizerischen Kartellkommission (als Expertenkommission) vom 25. September 1978 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen samt Erläuterungen vom November 1978, in WuR 1979, 83 ff., zit. Schmidhauser, Materialien
- derselbe, Der gefährdete Wettbewerb, in "Der Bund", Nr. 148/150, Bern, Montag, 28. Juni 1976 und Mittwoch, 30. Juni 1976
- SCHMIDHAUSER BRUNO/RICHLI PAUL, Stichwort "Kartelle", in Schweizer Dokumentation von U. Frey, Bern 1976

- SCHNEEBERGER ERNST, Kommerzielles Vertragsrecht, Allgemeine Rechtszusammenhänge, Vertrags-, Wettbewerbs- und Submissionsrecht, Geschäfts- und Gerichtspraxis, Zürich 1976, zit. Schneeberger, Kommerzielles Vertragsrecht
- derselbe, Ueber den Einkauf durch den Bund, in SJZ 64 (1968), 265 ff.
- SCHNEIDER ALBERT, Die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen durch Staat und Gemeinde, Diss. Zürich 1922
- SCHÖNENBERGER W./JÄGGI P., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1a, Obligationenrecht, dritte völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich 1973, zit. Schönenberger/Jäggi
- SCHULZ HANS, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechtes, dritte stark überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 1977, zit. Schulz
- SCHÜRMANN LEO, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1978
- derselbe, BG über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962, Textausgabe und Erläuterungen, Zürich 1964, zit. Schürmann, Kommentar
- derselbe, Die Durchführung des Kartellgesetzes, Erfahrungen und Probleme, in WuR 1969, 65 ff.
- SCHWAGER RUDOLF, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, Diss. Freiburg 1974
- SCHWANDER VITAL, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, zweite Auflage, Zürich 1964
- SCHWARZENBACH HANS-RUDOLF, Bauherr und Bauunternehmer im öffentlichen Tiefbau, in ZBl. 63 (1962), 353 ff.
- derselbe, Die neue eidgenössische Submissionsordnung für den Nationalstrassenbau, in ZBl. 66 (1965), 57 ff.
- SIEBER HUGO, Aktuelle Probleme der schweizerischen Wirtschaftspolitik, in WuR 1967, 25 ff.
- derselbe, Ueber die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, in WuR 1973, 48 ff. und 123 ff.
- STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung (Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976), Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von Felix Wiget, Zürich 1976, zit. Sträuli/Messmer

- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, Bern 1974, zit. Stratenwerth
- TERCIER PIERRE, Présentation du système et questions pratiques, Seminar für Schweizerisches Baurecht, Freiburger Baurechtstagung 1979, Bestandteil der Tagungsunterlagen
- THORMANN PH./A. VON OVERBECK, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zweiter Band, Besondere Bestimmungen, Zürich 1941
- TINNER ROLF, Die gegenwärtige Ordnung der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, in ZBl. 58 (1957), 513 ff.
- TRACHSEL DANIEL, Ueber die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderungen aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, Diss. Zürich 1980, zit. Trachsel
- TRUNINGER HANSJÖRG, Die Freiheit des Staates bei der Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen, Diss. Zürich 1950
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, dritte Auflage auf Grund der Ausgabe von Alfred Siegwart neu bearbeitet von Hans Peter unter Mitarbeit von Hermann Schulin, Zürich 1979, zit. von Tuhr/Peter
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, dritte Auflage aufgrund der Ausgabe von Alfred Siegwart neu bearbeitet von Alfred Escher, Zürich 1974, zit. von Tuhr/Escher
- USTERI MARTIN, Theorie der Verwaltung in den Formen des Privatrechtes, Habil. Rom/Zürich 1966
- VONÄSCH MARTIN, Die Probleme der Materialbeschaffung in der öffentlichen Verwaltung, Diss. St. Gallen 1966
- WIDMER JAKOB, Pauschalvergaben durch die öffentliche Hand, Neue Zürcher Zeitung Nr. 1742 vom 13. Juni 1958, zit. Widmer
- derselbe, Der Staat soll billiger bauen können, Schweizerische Gewerbezeitung Nr. 21 (1967)
- WYSS DANIEL, Die Handels- und Gewerbefreiheit und die Rechtsgleichheit, Diss. Zürich 1971

WOLFF HANS-JULIUS, Verwaltungsrecht Bände I - III, München
1970-1973; Band I: achte neubearbeitete Auflage
1971, Band II: dritte durchgesehene und ergänzte
Auflage 1970, Band III: dritte überarbeitete Auf-
lage 1973

ZAUGG ALDO, Die bernische Submissionsordnung vom 7. November
1967, im MBV 1968, 113 ff.

ZULEEG MANFRED, Zweistufige Rechtsverhältnisse bei der Vergabe
öffentlicher Aufträge, in NJW 49 (1962), 2231 ff.

ZWAHLEN HENRI, Le contrat de droit administratif, in ZSR 77
(1958) 461 ff.

Weitere Literaturhinweise im Text

1. Kapitel: GRUNDLAGEN

§ 1 Einleitung

Wenn der Staat "Arbeiten und Lieferungen bei Hoch- und Tiefbauarbeiten" (1) vergibt (2), stellen sich ungleich mehr Probleme, als wenn ein Privater dasselbe tut. Das hat namentlich drei Gründe: die Vielfalt der mit der Arbeitsvergebung angestrebten staatlichen Ziele; die wirtschaftliche Bedeutung des Staates als Nachfrager; die Tatsache, dass die Vergabeorgane das Geld der Öffentlichkeit investieren.

Es ist an dieser Stelle nicht näher auf die verschiedenen Konsequenzen einzutreten, die sich aus dieser Sachlage ergeben.

Festzuhalten ist aber, dass sich die vorliegende Arbeit aus-

- 1 Die Formulierung lehnt sich an diejenige über den Geltungsbereich der Bundes-SO (Art. 1 I) an; von der rechtsgeschäftlichen Einkaufstätigkeit der Gemeinwesen wird in dieser Arbeit nur am Rande die Rede sein. Die sich dabei stellenden Probleme sind aber durchaus analog zu denjenigen bei der Arbeitsvergebung zu behandeln. Vgl. zum Einkaufswesen des Bundes etwa die Bundeseinkaufs-VO.
- 2 Der Staat wendet sich bei den Arbeitsvergaben in der Regel an die Privatwirtschaft; ausnahmsweise führt der Staat Bauarbeiten mit eigenen personellen und sachlichen Mitteln durch. Vgl. dazu Schneider, 13 ff. und den ausdrücklichen Vorbehalt in der Zürcher SO: "...soweit der Staat sie (die Arbeiten und Lieferungen) nicht selber ausführt" (SO/ZH 1 I). Sachlich kommen in unserem Zusammenhang etwa folgende Leistungen in Frage: Der Bau von Strassen, Spitälern, Kanalisationen, militärischen Anlagen, Schulhäusern, Kläranlagen usw. Die Praxis verwendet für den hier hauptsächlich betroffenen Wirtschaftszweig den Begriff des sog. Bauhauptgewerbes. Im Geschäftsbericht der SBI aus dem Jahre 1977, 11, wird dieser Ausdruck wie folgt definiert: "Unter Bauhauptgewerbe fallen grundsätzlich jene Betriebe und Tätigkeiten, die sich mit Tiefbau, Strassenbau und Rohbau im Hochbau befassen. Mit eingeschlossen sind dabei auch gewisse Annexbetriebe und verwandte Produktionsbetriebe, wie Zimmereien, Steinbruchbetriebe, Aufbereitungsanlagen usw."

schliesslich mit den innerstaatlichen Rechtsgrundsätzen beschäftigen wird; das im Rahmen der europäischen Integrationsbestrebungen an Bedeutung zunehmende Staatsvertragsrecht, das namentlich den internationalen Freihandel regeln soll, wird nicht zur Sprache kommen (3).

§ 2 Wirtschaftliche Bedeutung des staatlichen Vergabewesens

Der Delegierte des Bundesrates für Konjunkturfragen nimmt statistische Erhebungen über die Bautätigkeit vor.

Leiggener hat seiner 1976 erschienenen Dissertation (4) einlässliche statistische Informationen beigegeben (5). Ich möchte hier auf seine Ausführungen verweisen. Leiggener wollte die überragende Bedeutung des staatlichen Vergabewesens für unsere Volkswirtschaft zeigen (6). Diesen Beweis erbringt sein Zahlenmaterial auch heute noch. Dies, obwohl der Hauptteil aus den Jahren 1970-72 stammt.

Es scheint dennoch angezeigt, hier aus dem Gesamtmehrjahresprogramm 1979 des Bundesamtes für Konjunkturfragen (7) einige Werte anzugeben.

Tabelle 4 (8) vermittelt einen Ueberblick über den geplanten Bauablauf für die Jahre 1980 bis 1985 (und später), aufgeteilt nach den verschiedenen Auftraggebergruppen.

3 Vgl. immerhin unten 19 f.: ausführlich behandelt diese Fragen aber Michel, 131 ff.

4 Leiggener 32 ff.

5 Er hat seine Information im wesentlichen aus den Angaben des Delegierten für Konjunkturfragen bezogen.

6 Auch die Arbeit von Michel enthält statistische Angaben, Michel, 233 ff.

7 "Der Terminus Gesamtmehrjahresprogramm umfasst das Mehrjahresprogramm des Bundes, aller Kantone, aller Gemeinden, privater Verkehrsbetriebe und privater Elektrizitätswerke" Gesamtmehrjahresprogramm 73, Ziff. 2.

8 Gesamtmehrjahresprogramm 84.

Tabelle/ Tableau 4

Gesamteinjahresprogramm 1979 nach Auftraggeber und Bauablauf

Programme multiannuel général 1979 par le maître de l'ouvrage et selon l'échelonnement présumé des travaux

In Millionen Franken/En millions de francs

Auftraggeber/Maitre de l'ouvrage	Eplanter Bauablauf/Echelonnement présumé des travaux						Total
	1980	1981	1982	1983	1984	1985 und später 1985 et plus tard	
<u>Bund/Konfédération:</u>							
SBB/CFE	276	279	387	447	466	1 442	3 297 6 \$
PTT	308	294	306	329	299	554	2 090 3 \$
Militär/Militaire	314	310	319	306	321	737	2 307 4 \$
Uebrigste Bundesstellen/Autres offices fédéraux	236	191	180	195	182	500	1 484 3 \$
Total	1 134 12 \$	1 074 12 \$	1 192 13 \$	1 277 14 \$	1 268 14 \$	3 233 35 \$	9 178 100 \$
<u>Kantone/Cantons</u>							
Gemeinden/Communes	2 565 4 727	2 761 5 233	2 710 4 509	2 549 3 432	2 326 2 713	5 380 5 346	18 291 25 960
32 \$ 46 \$							
Total	7 292 17 \$	7 994 18 \$	7 219 16 \$	5 981 14 \$	5 039 11 \$	10 726 24 \$	44 251 100 \$
78 \$							
<u>Private Verkehrsbetriebe/Entreprises de transport privées</u>	178	186	231	234	243	656	1 728 3 \$
<u>Private Elektrizitätswerke/Usines d'électricité privées</u>	202	208	322	317	268	267	1 584 3 \$
3 \$ 3 \$							
Total	380 11 \$	394 12 \$	553 17 \$	551 17 \$	511 15 \$	923 28 \$	3 312 100 \$
6 \$							
<u>Gesamttotal/Total général</u>	8 806 15 \$	9 462 17 \$	8 964 16 \$	7 809 14 \$	6 818 12 \$	14 882 26 \$	55 741 100 \$

Mit einem Anteil am geplanten Bauvolumen von 46 % sind die Gemeinden die weitaus grössten Auftraggeber. Während der kommenden fünf Jahre sollen also öffentliche Bauvorhaben im Umfang von rund 56,7 Mrd Franken realisiert oder in Angriff genommen werden (9).

Die dargestellte Investitionsplanung vermittelt auch einen wertvollen Hinweis für die Beurteilung der Konjunkturaussichten im kommenden Jahrfünft (10). Allerdings "haben gewisse Projekte noch das Verdikt einer Volksabstimmung zu bestehen, andere dürften dem Rotstift der Sparanstregungen zum Opfer fallen und bei Dritten könnten Finanzschwierigkeiten einen zeitlichen Aufschub erzwingen" (11).

Tabelle 10 (12) zeigt, bezogen auf die Kantone, die gewaltige Zunahme in der wirtschaftlichen Bedeutung dieses öffentlichen Auftraggebers von 1941 bis 1979.

9 Vgl. dazu auch das Gesamtmehrjahresprogramm 3.

10 Gesamtmehrjahresprogramm 3.

11 Gesamtmehrjahresprogramm 3.

12 Gesamtmehrjahresprogramm 90.

Tabelle/Tabelle 10

Gesamtmehresjahresprogramme 1941 - 1979 nach Kanton (Bauort)
Programmes multiannuels généraux de 1941 - 1979 par le canton (lieu de construction)

Kanton/Canton	1941	1944	1947	1949	1952	1955	1958	1962	1966	1969	In Millionen Franken/En millions de francs Montants non corrigés de l'influence des prix		
											1973	1976	1979
Zürich	388	891	1 210	1 249	1 209	1 667	2 614	4 586	6 551	8 532	16 060	12 660	11 086
Bern	289	827	737	874	921	1 204	1 807	3 137	4 489	5 312	8 509	7 917	7 355
Lucern	64	153	178	174	195	225	386	712	1 795	1 866	2 348	1 954	2 137
Uri	26	49	52	166	219	241	228	458	930	1 032	1 100	1 213	786
Schyz	73	104	82	103	100	94	110	294	539	680	777	850	799
Obwalden	8	23	24	30	45	46	63	77	125	183	273	617	590
Nidwalden	10	14	16	13	26	91	72	107	113	120	350	531	323
Glarus	45	65	87	94	123	130	257	230	201	257	393	559	489
Zug	26	44	27	39	34	38	63	129	332	430	713	576	457
Fribourg	46	149	114	89	76	101	213	360	800	770	1 866	1 478	1 213
Solothurn	121	167	225	209	245	241	386	861	1 115	943	1 919	1 668	1 421
Basel-Stadt	105	206	274	235	280	330	471	796	1 516	2 197	2 323	2 942	2 173
Basel-Land	55	65	224	154	175	236	389	1 019	1 326	1 445	1 481	1 221	969
Schaffhausen	55	89	95	71	89	113	191	268	270	319	521	507	378
Appenzell A. O.	13	25	27	28	25	26	28	85	172	139	210	264	258
Appenzell I. O.	3	4	7	2	4	7	8	26	16	52	90	100	81
St. Gallen	214	256	339	356	307	392	444	975	1 770	1 981	3 495	3 398	3 337
Graubünden	355	494	613	328	687	1 895	1 077	1 735	2 266	1 540	2 421	2 644	2 464
Aargau	305	300	323	299	444	381	683	1 485	2 361	2 479	4 139	4 038	3 539
Thurgau	100	124	101	139	122	232	230	372	797	975	1 356	1 302	1 302
Ticino	138	299	334	542	421	687	583	1 169	1 312	1 571	2 780	3 200	2 787
Vaud	130	246	222	639	601	579	1 102	1 806	3 523	2 978	4 908	4 506	3 336
Vallée	212	270	236	381	1 248	879	1 010	1 421	1 348	1 355	2 623	3 408	3 305
Neuchâtel	31	182	134	119	102	112	145	237	489	587	1 164	865	788
Genève	54	159	180	252	317	454	438	1 349	1 166	1 716	3 269	3 559	3 765
Jura	.	.	.	.	.	.	.	.	.	.	.	.	359
Unzerteilbar/non répartis	0	1	71	160	125	51	79	67	618	812	1 005	781	1 744
Schweiz/Suisse	2 866	5 206	5 932	6 745	8 140	10 452	13 097	23 761	35 940	40 131	66 093	62 809	56 741

Werden die in Tabelle 10 wiedergegebenen Zahlen allerdings gemäss dem Baukostenindex der Stadt Zürich preislich bereinigt, so ergeben sich weniger spektakuläre Werte. Das Bauvolumen ist danach von 1941 bis 1979 von 12150 auf 56741 Millionen Franken gestiegen (13).

Schliesslich soll noch eine Zusammenstellung über die längerfristigen Aussichten im Bereiche der öffentlichen Bauvorhaben angefügt werden (14).

13 Gesamtmehrjahresprogramm 91, Tabelle 11.

14 Gesamtmehrjahresprogramm 30.

Längerfristige Aussichten in ausgewählten Bereichen des öffentlichen Infrastrukturbaus (Mio Franken; zu konstanten Preisen)

Bereich	Periode	Voraussichtliches jährliches Bauvolumen
Nationalstrassen (ohne Unterhalt)	1980 - 1985	1 260 - 1 130
	1986 - 1988	1 090 - 1 020
	1989 - 1991	950 - 880
	1992 - 1994	460 - 60
Gewässerschutz	1980 - 1987	Ø 1 000
Abfallbeseitigung	1980 und folgende	Ø 100
Zivilschutz	1980 - 1995	Ø 400
Investitionsausgaben des Fonds für den öffentlichen Verkehr (Aufstockung gegenüber bisherigen Bauinvestitionen)	1981 - 1995	Ø 150 - 250
Kantonsstrassen *)	1981 - 1995	Zunahme um 1 - 2 % p.a. 800 - 940 (1995)
Gemeindestrassen *)	1981 - 1995	Zunahme um 1 - 2 % p.a. 750 - 860 (1995)

*) (GVK Schlussvariante II)

GVK = Gesamtverkehrskonzeption

Da das Bundesamt für Konjunkturfragen bereits in bezug auf die Investitionsprognosen für die Jahre 1983 und 1984 zu einer vorsichtigen Interpretation auffordert (15), muss dies umso mehr für die noch längerfristigeren Vorhersagen der wiedergegebenen Tabelle gelten.

In der letzten hier wiedergegebenen Tabelle wird, über fünf Jahre hinweg, die Zahl der Beschäftigten im Bauhauptgewerbe (15a) und deren Strukturierung wiedergegeben. Die Zahlen entstammen dem Geschäftsbericht 1980 der Gruppe der Schweizerischen Bauindustrie (Seite 44).

15 Gesamtmehrjahresprogramm 29.

15a Vgl. zu diesem Begriff oben 1 N 2.

BESCHAEFTIGTE IM BAUHAUPTGEWERBE

Kategorie	1975 Juni	1976 Juni	1977 Juni	1978 Juni	1979 Juni
	%	%	%	%	%
Techn.-kaufm. Personal inkl. Betriebsinhaber und Bauführer	a) 18.637 11,2	17.510 11,5	17.315 11,1	16.783 10,7	16.520 10,6
Poliere und Werkstattmeister	b) 11.142 6,7	10.303 6,7	9.905 6,3	9.748 6,3	9.466 6,1
Vorarbeiter	c) 8.936 5,3	8.288 5,4	8.025 5,1	7.805 5,0	7.749 4,9
Lohnklasse A (meist qualifizierte handwerkliche Facharbeiter)	d) 36.520 21,8	34.326 22,4	33.330 21,4	32.105 20,6	31.764 20,3
Lohnklasse B	e) 38.656 23,0	34.462 22,5	35.809 22,9	35.748 23,0	35.327 22,6
Lohnklasse C	f) 45.288 27,0	40.986 26,8	45.139 28,9	47.139 30,3	48.832 31,3
Lehrlinge	g) 6.179 3,7	5.265 3,5	4.845 3,1	4.666 3,0	4.954 3,2
Kantinen und Reinigungspersonal	h) 2.198 1,3	1.789 1,2	1.842 1,2	1.768 1,1	1.630 1,0
	167.556 100	152.938 100	156.210 100	155.762 100	156.242 100

§ 3 Die bei der Vergabe von öffentlichen Arbeiten und Lieferungen im Spiele stehenden Interessen

A Die Interessen des Gemeinwesens

I Im allgemeinen

Wie jedem Bauherrn geht es dem Gemeinwesen darum, den Staatsauftrag zu möglichst günstigen Konditionen zu vergeben. Dazu gehört im wesentlichen der günstige *Preis*, die gute *Qualität* der Arbeit und die Einhaltung der vereinbarten *Ausführungstermine*.

Darüber hinaus verfolgt das Gemeinwesen bei der Vergabung von Aufträgen an die Privatwirtschaft, im Gegensatz zum (durchschnittlichen) privaten Bauherrn, noch weiterreichende Ziele. Die Vergabetätigkeit wird in der Tat in den Dienst *verschiedenster Lenkungszwecke* gestellt (16).

Dort, wo der Staat lenkend in die Wirtschaft eingreift, versucht er, einen als erstrebenswert angesehenen Zustand zu verwirklichen. Dieses Ziel wird, je nach der betreffenden Konjunkturlage, verschieden sein. Jede Regelung des Vergabewesens wird daher auf dieses Flexibilitätserfordernis Rücksicht nehmen müssen (17). Die unterschiedlichen Vorstellungen der an den Staatsaufträgen interessierten Kreise (18) darüber, was unter "richtiger" Arbeitsvergebung zu verstehen sei und insbesondere auch die Schwankungen im Konjunkturverlauf, führten zu zahlreichen politischen Vorstössen.

16 Vgl. unten 15 ff., 26 ff.

17 Vgl. unten 86 ff.

18 Das wichtigste Gegensatzpaar bilden die grossen Unternehmen einerseits und die mittleren und kleinen Firmen andererseits.

Typisch für eine Phase der Hochkonjunktur ist die Motion des Zürcher Kantonsrates *Bruno Cristini* vom 18. April 1966 (19). Er vertrat die Ansicht, die Submissionsordnung sei nicht mehr "zeitgemäss" - der Regierungsrat solle prüfen, ob sie den herrschenden Verhältnissen anzupassen sei. Dabei war seiner Meinung nach vor allem eine *billigere* Auftragsvergabe durch den Staat anzustreben: Die in Kraft stehende Verordnung hindere ein optimal günstiges Vergabewesen. Ganz anders tönen die parlamentarischen Vorstösse bei rezessiver Konjunkturlage: *NR Rubi* hat dem Bundesrat in einer Interpellation vom 29. Januar 1975 (20) nahegelegt, die Arbeitsvergabepraxis neu zu überdenken. Visiert waren dabei in erster Linie die als Folge des harten Konkurrenzkampfes auftretenden *Unterangebote* sowie die Berücksichtigung des Gewerbes in wirtschaftlichen *Randregionen*.

Ueberdies reichte am 19. Dezember 1975 *NR Zehnder* (21) ein von 23 Mitunterzeichnern unterstütztes Postulat ein, worin er den Bundesrat ersuchte, "bezüglich der Submissionsordnungen und bezogen auf Subventionen jeder Art, straffe Weisungen zu erlassen über folgende Punkte: Verzicht auf Abgebotsrunden; Anrecht auf Ueberwälzung der Teuerung; Einhaltung normaler Arbeitsbedingungen und der gesamtarbeitsvertraglichen Verpflichtungen; Anwendung der Submissionsordnung auf subventionierte Bauten; Gewährleistung genügender Vorbereitungs- und Ausführungsfristen; Achtung auf die Kreditwürdigkeit der Bewerber; Unterstellung der Unterakkordanten unter die Submissionsordnung; Vergabe zu kostendeckenden Preisen."

19 Wiedergegeben im Protokoll des Zürcher Kantonsrates, Periode 1963-1967, Band III, 3124, 3508 ff.

20 StenBull. NR 85. Jahrgang (1975), 623 f.

21 StenBull. NR 86. Jahrgang (1976), 390 f.

Die dargestellten politischen Vorstösse entsprechen nur einem Teil der parlamentarischen Demarchen, die das Arbeitsvergabe-recht zum Gegenstand hatten; dennoch sind sie m.E. eine repre-sentative Auswahl.

Ein (gemeinsames) Merkmal der Vorstösse ist ihre Zeitbezogen-heit: In rezessiven Wirtschaftsphasen soll mit entsprechenden Vorschriften dem notleidenden Gewerbe unter die Arme gegriffen werden, es sollen Arbeiterschutzbestimmungen erlassen und wirt-schaftliche Randregionen unterstützt werden; demgegenüber haben die Vorstösse in Hochkonjunkturphasen vor allem eine Verbilli-gung der Baupreise im Auge.

Obwohl nicht zu bestreiten ist, dass das Gemeinwesen seine Ver-gabepolitik der Konjunkturlage anzupassen hat (22), vermögen diese zeitgebundenen Vorstösse kein dauerhaftes Submissions-recht zu schaffen: Im Interesse der Rechtssicherheit und der optimalen Verwirklichung aller submissionsrechtlicher Ziele ist vielmehr zu fordern, dass sich die Vergabepolitik stets auf die gleichen Rechtsnormen stützt; welche konkrete Vergabenorm als-dann im Einzelfall zur Anwendung gelangt, bestimmt die Konjunk-turlage (23).

Interessant in diesem Zusammenhang ist auch der Vorschlag der SBI, die bekanntlich die Grossen unter den Bauunternehmern ver-tritt. Die Gruppe der schweizerischen Bauindustrie setzt sich für die den freien Wettbewerb fördernde und damit den Inter-essen der Grossen dienende (24) Vergabemethode aufgrund von *Primär- und Sekundärkriterien* ein. Bemerkenswert ist indessen, dass sie, als Anwalt der Grossen, die Interessen der Kleinen (vielleicht aus taktischen Gründen) nicht völlig vergisst.

22 Unten 43.

23 Unten 83 ff., insbesondere 86 f.

24 Vgl. unten 33 ff.

In einem Schreiben an die schweizerische Kartellkommission vom 8. April 1976 erläutert die SBI ihre Ansicht zum Vergabemodus: Der Zuschlag soll im Rahmen des angemessenen Preises an das günstigste Angebot erfolgen. Beim Vorliegen gleichwertiger Offerten habe der Zuschlag nach weiteren Kriterien zu erfolgen: Bevorzugung von ausgebildeten Berufsleuten, von Unternehmen, die an die GAV gebunden sind, der ortsansässigen Unternehmen usw. Die Vergabemethode nach Primär- und Sekundärkriterien ist im übrigen in der Bundes-SO (25) verwirklicht. Diese Methode setzt zuerst die Gleichwertigkeit der Angebote voraus, wobei z.B. nach der Bundes-SO (26) als günstigstes Angebot dasjenige gilt, das insbesondere unter Berücksichtigung der fachgerechten und rechtzeitigen Ausführung der Arbeit oder der Lieferung den tiefsten Preis aufweist.

Die Methode mit Primär- und Sekundärkriterien kann für die kleineren Unternehmen bedeuten, dass ihr Bevorzugungsgrund, z.B. wegen Ortsansässigkeit, deshalb gar nie zum Tragen kommt, weil dieser nur als Sekundärkriterium qualifiziert wird, und sie zum vornherein nicht in der Lage sind, ein gegenüber den Grossen gleichwertiges Angebot, insbesondere bezüglich des Preises (27), vorzulegen. Das gleichwertige Angebot ist aber, als Primärkriterium, Voraussetzung für die Anwendung der Sekundärkriterien.

Im Rahmen der Diskussion um den "günstigsten Preis" ist auch die Frage der Pauschalvergebung des Staates an einen *Generalunternehmer* aufgeworfen worden. Dieses Vorgehen ist insbesondere vom Gewerbe bekämpft worden. Für Widmer (28) handelt es sich hier weniger um eine technische oder eine verfahrensmässige Frage als vielmehr

25 Art. 8 Bundes-SO.

26 Art. 8 Bundes-SO.

27 Vgl. auch unten 33 ff.

28 Widmer, 5 f.

um eine solche des Fingerspitzengefühls, der "demokratischen Psychologie": Entschliesse sich nämlich die öffentliche Hand, zur Ausführung einer Baute einen privaten Generalunternehmer zu Hilfe zu ziehen, dann tue sie das gleiche wie ein völlig unabhängiger Privater, der unbekümmert um all die Leute, mit denen er zusammenleben müsse, einen Architekten oder einen Baumeister mit der schlüsselfertigen Erstellung eines Wohn- oder Geschäftshauses beauftrage und diesem - abgesehen von der Einhaltung der Fristen, des Kostenvoranschlages und der Pläne - bezüglich der Bauausführung völlig freie Hand lasse.

Diese Art vorzugehen, könne sich ein Privatmann, der in seinem Quartier oder Dorfe mit der Bevölkerung zusammenleben und "geschäften" müsse, nicht leisten. Erst recht, so folgert er sinngemäss weiter, könne sich das Gemeinwesen, als Hüterin eines geordneten Zusammenlebens, ein solches Vorgehen nicht ohne zwingende Gründe leisten.

Auch der ZIA hatte sich in einem Schreiben an die Mitglieder des Gemeinderates der Stadt Zürich (29) gegen die Pauschalvergabe gewandt. Die Befürchtungen der Gewerbetreibenden gingen vor allem dahin, dass die genannte Vergabepraxis in allen Sektoren des Bauwesens wirtschaftspolitische Veränderungen veranlasse, die sich im Sinne eines starken *Konzentrationsprozesses* zugunsten einiger weniger leistungsfähiger, den Baumarkt weitgehend beherrschender Grossunternehmer auswirken werde.

Die SO der Stadt Zürich vom 19.12.1975 sieht nun zwar in Art. 4

29 Brief vom 21. Januar 1959.

die "Pauschal- und Globalvergebung" vor (30), doch sind dort erhebliche Sicherungen eingebaut (31).

II Strukturpolitik

Schürmann (32) definiert die Strukturpolitik als staatliche Einflussnahme auf Bestand und Entwicklung oder Wachstum der einzelnen Teile der Volkswirtschaft an sich und in ihrem gegenseitigen Verhältnis. Er unterscheidet dabei zwischen regionaler, sektorialer (oder branchenspezifischer) und betriebsgrössenmässiger Strukturpolitik.

Die entsprechenden Bestimmungen in den SOen sind letztlich dem

-
- 30 Anders als diejenige des Kantons Zürich. In der Praxis werden aber auch im *Kanton* Zürich Arbeitsvergebungen an GU vorgenommen. Das ergibt sich etwa aus Art. 7 der vom kantonalen Amt für technische Anlagen und Lufthygiene herausgegebenen Ergänzungen zu den "Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten" Norm SIA 118, Ausgabe 1977 (Ausgabe des kantonalen Vertragsmulars ist ebenfalls 1977), die als AGB zum Vertragsinhalt erhoben werden. Die Pauschal- oder Globalvergebung kennt aber auch z.B. die Bundes-SO Art. 2 III.
- 31 Die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen muss gesichert sein; der GU muss sich verpflichten, dass *auch seine Beauftragten* die GAV einhalten (Die Stadt Zürich sieht überdies ein ausdrückliches Kontrollrecht über die Einhaltung der GAV zugunsten des Bauherrn und der Partner des GAV vor: Art. 16 II SO); der GU hat die im Baugewerbe üblichen Regeln über die Ausschreibung, die Qualität, das Ausmessen und die Zahlungsbedingungen einzuhalten. Dabei werden die besonderen Bestimmungen der Stadt und die entsprechenden Normen des SIA als üblich angesehen. Schliesslich seien bei der Pauschalvergebung Preise, Qualitäten, Bedingungen und Termine grundsätzlich unveränderlich. Im weiteren ist die Pauschalvergebung in dem Sinne subsidiär, als sie nur zum Zuge kommt, wenn die besonderen Voraussetzungen des Wettbewerbes oder der direkten Vergabung nicht erfüllt sind, und endlich muss die Vergabung an den GU gegenüber der detaillierten Berechnung finanzielle- oder andere Vorteile ergeben.
- 32 Wirtschaftsverwaltungsrecht, 327.

grösseren Rahmen der allgemeinen staatlichen Strukturpolitik zuzurechnen.

1. Ziele der Strukturpolitik

Im Vordergrund stehen die Vermeidung übermässiger Unternehmenskonzentration, die Unterstützung regional und lokal tätiger Betriebe durch die Bevorzugung Ortsansässiger bei der Auftragsvergebung und die Erhaltung von Arbeitsplätzen am Ausführungs-ort.

Was die *Vermeidung übermässiger Konzentration der Unternehmungen* anbelangt, so ist hier Identität mit der Zielsetzung (33) des Kartellgesetzes zu verzeichnen. Festzuhalten ist indessen, dass das Kartellgesetz Kartelle und ähnliche Organisationen nicht grundsätzlich verbietet: Unzulässig ist nur der Missbrauch der Marktmacht (Missbrauchsprinzip) (34).

Demgegenüber treffen strukturpolitische Bestimmungen in SOen die benachteiligten Unternehmen unabhängig vom Vorliegen eines Missbrauches: Der Missbrauch wird hier vielmehr bereits beim Erlass der Bestimmungen vorausgesetzt, oder, umgekehrt gesagt, es wird bereits beim Erlass von der Schutzwürdigkeit der bevorzugten Unternehmen ausgegangen.

Dass die verschiedenen Ziele der Strukturpolitik voneinander abhängen und sich auch gegenseitig bedingen, zeigt der Zweck des Kampfes gegen die als übermässig empfundene Unternehmenskonzentration: Diese Bestrebungen führen nämlich für sich allein schon zum Schutze des regional und lokal tätigen Gewerbes und zur Erhaltung von Arbeitsplätzen am Vergabeort. Darüber hinaus aber auch, längerfristig, zum Schutze des Wettbewerbs schlechthin

33 KG vom 20.12.1962, SR 251.

34 Art. 4 KG; der Entwurf zu einem neuen KG geht weiterhin vom Missbrauchsprinzip aus.

und mithin des Preisniveaus - wird doch zu Recht befürchtet, dass eine verminderte Wettbewerbsintensität zu tendentiell höheren Preisen führt.

Obwohl beachtliche Argumente für diese Art des *Protektionismus* ins Feld geführt werden können, ist die Durchführung, je nach der praktizierten Form, nicht immer unbedenklich. So kann die Aufteilung der Aufträge in Lose, die wegen der ungenügenden Leistungsfähigkeit der ortsansässigen Unternehmen vorgenommen werden muss, unwirtschaftlich sein.

Für den Nationalstrassenbau wurde nun bereits in der Botschaft zum NSG vom 3. Juli 1959 (35) der Regelfall des allgemeinen Wettbewerbes und der gesamtschweizerischen Ausschreibung besonders begründet: Die Gewährleistung eines wirtschaftlichen Bauvorganges fordere, die Grösse der Lose so zu bestimmen, dass die Bauarbeiten unter massivem Einsatz grosser Strassenbaumaschinen ausgeführt werden könnten; die Arbeitsvergebung dürfe sich deshalb nicht auf kantonsansässige Baufirmen beschränken.

Nachdem nun in der ganzen Schweiz für die Vergebung von Arbeiten an Nationalstrassen Bundesrecht und insbesondere die Regel der gesamtschweizerischen und öffentlichen Ausschreibung gilt, wäre in diesem Bereich die Bevorzugung kantonsansässiger Unternehmen m.E. bundesrechtswidrig.

Die SBI hat in einem Schreiben an die Schweizerische Kartellkommission vom 8. April 1976 darauf hingewiesen, dass die *protektionistischen Praktiken* mancher Kantone und Gemeinden im öffentlichen Vergabewesen zu einer Aufsplitterung in Minimärkte führe. Diese Minimärkte führten zwangsläufig wieder zu Minikartellen als Folge von Minieistenzbedingungen, die

35 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Nationalstrassen vom 3. Juli 1959 (BBl. 1959, Band II, 105 ff.).

Selbstschutzmassnahmen der Anbieter erforderten. Die SBI kann daher der Bevorzugung regional und lokal tätiger Unternehmen nur auf der Grundlage von Art. 8 der Bundes-SO zustimmen (36). Demgegenüber fordert der *Schweizerische Gewerbeverband* im "Modellvorschlag für Submissionsordnungen für Bauarbeiten von Bund, Kantonen und Gemeinden" vom 16.04.69 (37) unter Ziff. 8, "Zuschlag", die besondere Bestimmung (8.5.) "Beschäftigungslage" wie folgt abzufassen:

"Auf eine gesamthafte oder regionale Verschlechterung der Beschäftigungslage ist bei der Vergabe Rücksicht zu nehmen. Anstelle des Wettbewerbsmotivs treten in diesem Falle ohne Verzug andere, der verschlechterten Lage angemessene Vergebungsgründe".

Die Fronten sind klar: Es geht nun darum, ob sich die verschiedenen Gemeinwesen durch ihre betriebsgrössenmässige (um diese geht es ja hier vor allem) Strukturpolitik so ausrichten wollen, dass die Regional- und Lokalbetriebe eine echte Ueberlebenschance haben oder ob sie auch in Zeiten der Rezession den rauen Wind des uneingeschränkten Wettbewerbes wehen lassen wollen. Ersteres wird, in wirtschaftlich ungünstigen Zeiten, wohl stets nach der einen oder anderen Form des Protektionismus rufen. Inwieweit dies zu geschehen hat, ist letztlich wiederum eine (wirtschafts-)politische Frage, deren Beantwortung nicht in diese Arbeit gehört. Immerhin will es mir scheinen, dass weder die reine Durchführung des einen noch des anderen Weges richtig ist; es ist m.E. danach zu trachten, leistungs- und überlebensfähige Regional- und Lokalbetriebe soweit zu schützen, dass auf dem betreffenden Markt noch ein angemessener

36 Vergabe aufgrund von Primär- und Sekundärkriterien; vgl. dazu oben 12 f.

37 Gewerbliche Rundschau, Jahrgang 1969, Nr. 2.

Konkurrenzkampf besteht (38).

2. Zulässigkeit solcher Strukturpolitik

Im folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob protektionistische Massnahmen gegenüber ausländischen Bewerbern zulässig sind. Im weiteren soll geprüft werden, ob die submissionsrechtliche Bevorzugung mittlerer und kleinerer Unternehmungen überhaupt statthaft ist.

a. Im internationalen Verhältnis

Durch eine allfällige Benachteiligung *ausländischer Bewerber* wird die HGF nicht verletzt: Träger der HGF ist ausschliesslich der Schweizer Bürger (39). Zu prüfen bleibt in diesem Zusammenhang, ob *Freihandelsabkommen* in Staatsverträgen den Bund bzw. andere schweizerische Gemeinwesen zu einer bestimmten Behandlung von Ausländern verpflichten.

Eine eingehende Untersuchung des Staatsvertragsrechtes würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen; es kann hier aber auf Michel (40) verweisen werden, der dieses Problem ausführlich dargestellt hat. Die Auswirkungen der bestehenden Staatsverträge auf unser Vergaberecht sind aber gering. So bezieht sich beispielsweise das *Freihandelsabkommen* zwischen der Schweiz und der EG (41), das seit dem 1. Januar 1973 in Kraft ist, nur auf

38 Die Stadt als Auftraggeber (Untertitel: Absage an den Protektionismus): "Der Zürcher Stadtrat lehnt in einer Stellungnahme auf eine schriftliche Anfrage von Gemeinderat Stefan Schweizer (CVP) jede Form von Protektionismus strikte ab" (NZZ Nr. 174 vom 30. Juli 1979).

39 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 27 und die dort angeführten Zitate.

40 Michel, 131 - 205.

41 Wiedergegeben in AS 1972, 3115.

den Austausch von Industriegütern (42) und nicht auf die in dieser Dissertation zu untersuchende "Vergebung von Arbeiten (...) bei Hoch- und Tiefbauten" (43). Auch das Uebereinkommen zur Errichtung einer Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960 (44) enthält nur Vorschriften, die sich auf den Güteraustausch beziehen, weshalb die Vereinbarung sowohl auf Arbeitsvergebungen wie auch auf Dienstleistungen grundsätzlich keine Anwendung findet (45). Auch weiterreichende Staatsverträge werden im heutigen schweizerischen Vergaberecht indessen solange eine unvollkommene Rolle spielen, als dem benachteiligten Submittenten kein wirksamer Rechtsschutz (46) zu Verfügung steht.

b. Im Bunde

Der Bund besitzt, abgesehen von den in Art. 31^{ter} III lit. a-e BV verankerten Befugnissen, keine besondere Kompetenznorm zur Betreibung von Strukturpolitik. Der Rechtsschutz des Bürgers gegenüber den Rechtssetzungserlassen des Bundes spielt allerdings nur auf der Verordnungsstufe (Art. 113 III BV). Die Bundes-SO und die für den Nationalstrassenbau relevante SO (47) weisen indessen *keine protektionistischen Züge* auf, so dass sich hier die Zulässigkeitsfrage gar nicht stellt. Ebensowenig werden bestimmte Unternehmensgrössen grundsätzlich bevorzugt.

42 Michel, 189, N 22.62.

43 Die Formulierung ist der Bundes-SO 1 I entnommen; vgl. dazu auch oben 1 ff. Auf die Vergebung von "Lieferungen (Bundes-SO 1 I)" kann das Freihandelsabkommen Anwendung finden; vgl. auch oben 1 N 1.

44 Abgeschlossen in Stockholm am 4. Januar 1960; Datum des Inkrafttretens: 3. Mai 1960; abgedruckt in AS 1960, 590 ff.

45 Michel, 138 ff. NN 21.13 ff.

46 Vgl. dazu unten 183 ff. und 199 ff.

47 VVO zum BG über die Nationalstrassen vom 24. März 1964, AS 1964, 307. Die Tatsache, dass die SBI die SOen des Bundes billigt, beweist eindrücklich, dass diese keine protektionistischen Züge aufweisen.

c. In den Kantonen und Gemeinden

Die Kantone und Gemeinden haben sich ebenfalls an die Schranken der HGF zu halten. Kantonale Verfassungsbestimmungen über die HGF haben nur dann eine selbständige Bedeutung, wenn sie inhaltlich über das von der BV gewährleistete Mass hinausgehen (48). Diese allenfalls über die HGF der BV hinausreichende kantonale Gewerbefreiheit ist natürlich nur dort zulässig, wo der Bund die Wirtschaftsfreiheit nicht in einer auch die Kantone bindenden Weise einschränkt; z.B. auf dem Gebiet des Kinowesens (Art. 27^{ter} BV) schränkt die BV auch eine allfällige kantonale Verfassungsgarantie ein: Eine weiterreichende kantonale HGF wäre in diesem Falle bundesrechtswidrig (49).

Da die Kantone und Gemeinden an die HGF gebunden sind, dürfen sie eine eigentliche *Wirtschaftspolitik*, im Sinne einer Abweichung von der Gewerbefreiheit, nur dann betreiben, wenn sie die BV dazu ausdrücklich ermächtigt (50) oder wenn die Kantone im Rahmen bundesrechtlicher wirtschaftspolitischer Regelungen weitergehende Massnahmen, die von der HGF abweichen, treffen dürfen (51).

Die BV gibt den Kantonen und Gemeinden auf dem Gebiete der öffentlichen Arbeitsvergabe keine Befugnis zur Abweichung von der HGF. Die kantonale und kommunale Strukturpolitik darf daher nicht von der HGF abweichen. Im Rahmen der Gewerbefreiheit dürfen indessen auch die Kantone *Wirtschaftsförderung* betrei-

48 Hans Marti, Wirtschaftsfreiheit, 15.

49 Hans Marti, Wirtschaftsfreiheit, 16.

50 Eine solche Ermächtigung liegt nur in Art. 31^{ter} BV; vgl. dazu Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 104.

51 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 105; Schürmann gibt ein Beispiel, wonach es im Rahmen des Konjunkturartikels (Art. 31 *quinquies* BV) zulässig wäre, dass der Bundesgesetzgeber die Kantone ermächtigte, auf dem Gebiete der öffentlichen Finanzen zusätzliche Vergünstigungen zu schaffen, z.B. die bundesrechtlichen Investitionsprämien an die private Wirtschaft zu erhöhen.

ben (52). Im Begriff der Förderung ist, als weniger weitgehend, derjenige der Erhaltung inbegriffen (53). Die Strukturpolitik, die durch das Mittel der Bevorzugung der regional und lokal tätigen Unternehmungen bei der öffentlichen Arbeitsvergabe betrieben wird, hat unbestrittenermassen die Erhaltung dieser Betriebe zum Ziele. ~~Fazit:~~ Die Bevorzugung ortsansässiger Betriebe ist zulässig, sofern dadurch der Grundsatz der HGF nicht verletzt wird.

Es ist umstritten, wann Förderungsmassnahmen i.S. von Art. 31²¹⁸ II BV nicht gegen die HGF verstossen. *Junod* (54) meint bezüglich den Subventionen, die häufig als wirtschaftspolitische Förderungsmassnahme eingesetzt werden, dass sie ihrer Natur nach darauf abzielten, die Wirtschaft in einem vom Markte verschiedenen Sinne zu beeinflussen; dies stelle notwendigerweise eine Abkehr vom System der freien Konkurrenz dar.

Diese Ueberlegung ist m.E. auch auf die Bevorzugung ortsansässiger Unternehmen anzuwenden. Eigentlich greift der Staat bereits in dem Moment in die HGF ein, in dem er irgend einen Einfluss auf die freie uneingeschränkte Konkurrenz der potentiellen Auftragnehmer nimmt.

Diese Aussage kann in dem Sinne relativiert werden, als es eigentlich nicht auf die Einflussnahme an sich ankommt, sondern darauf, ob sich dieser Einfluss auf alle Konkurrenten gleich auswirkt oder nicht. Es geht mit anderen Worten darum, ob die

52 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 89 ff.; Auf Seite 90 erklärt er: "Solche Massnahmen können gleichartige des Bundes (gestützt auf Art. 31 bis II BV) ergänzen, soweit eine Bundesregelung nicht abschliessend ist, was in aller Regel nicht der Fall ist." Vgl. zu dieser Problematik auch Ebner.

53 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 91 Ziff. 3.

54 Junod Charles-André, 668, N 2.1.29.

rechtsgleiche Behandlung der Bewerber gewahrt ist (55).

Die von Schürmann geforderte *Wettbewerbsneutralität* (56) ist bei näherer Betrachtung nämlich auch nichts anderes, als die Forderung nach der Rechtsgleichheit. Wettbewerbsneutral ist eine staatliche Massnahme nämlich dann, wenn sie auf das Konkurrenzverhältnis der Bewerber keinen Einfluss hat oder wenn der Einfluss so beschaffen ist, dass alle in gleicher Weise betroffen werden. Es ist deshalb in der Folge zu prüfen, ob die in den SOen betriebene Strukturpolitik den Geboten der (wirtschaftlichen) Rechtsgleichheit standhält.

Diese Frage ist klar zu verneinen. In dem Moment, in dem das Gemeinwesen das ortsansässige Unternehmen in irgend einer Form gegenüber anderen Bewerbern bevorzugt, schafft es zwischen den beiden Arten von Konkurrenten eine Rechtsungleichheit. Diese Ungleichbehandlung lässt sich nicht durch eine Ungleichheit der Bewerber rechtfertigen.

Die Praxis erblickt das für die Gleichbehandlung massgebende Kriterium in der Branchenzugehörigkeit. Nach BGE 87 I 448 ist dabei für den Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung die *direkte Konkurrenz* erforderlich. Diese ist nach dem zitierten Entscheid gegeben, wenn sich die konkurrenzierenden Unternehmen an die gleichen Kunden wenden, um die gleichen Bedürfnisse zu befriedigen. Die Art und Weise der Betriebsführung, insbesondere die Betriebsgrösse, ist dabei irrelevant (57).

Dass die Regional- und Lokalbetriebe zu den überregional tätigen

55 Gl.M. Aubert, Nr. 1917.

56 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 93/329.

57 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 40 und die dort zitierte Dissertation von Daniel Wyss, Die Handels- und Gewerbefreiheit und die Rechtsgleichheit, 23.

Unternehmungen in direkter Konkurrenz stehen, kann nicht bezweifelt werden. Es besteht daher offensichtlich kein Grund, der die Ungleichbehandlung rechtfertigen würde.

Zwar ist in der Lehre die direkte Konkurrenz als Voraussetzung des Gleichbehandlungsanspruches kritisiert worden (58). Dabei ist insbesondere die Ansicht vertreten worden, die Regeln der Gleichbehandlung aus BV 4 genügten auch für die HGF. Da BV 4 indessen zu keinem anderen Ergebnis führt, brauche ich hier nicht auf diese Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einzutreten.

Als Fazit aus den angestellten Ueberlegungen ist festzuhalten, dass eine Bevorzugung ortsansässiger Betriebe *stets einen Eingriff in die HGF bedeutet*.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes lassen sich solche Eingriffe aus *polizeilichen* (59) und aus *sozialpolitischen* (60) Gründen rechtfertigen.

Da im vorliegenden Fall keine Polizeigüter (61) im Spiele stehen, entfällt die Möglichkeit der polizeilichen Motivation für die Bevorzugung. Sozialpolitische Massnahmen gehen über den polizeilichen Zweck hinaus und dienen einem allgemein anerkannten öffentlichen Interesse, das darauf gerichtet ist, der Wohlfahrt aller oder eines grossen Teils der Bürger zu dienen (62).

58 Marti, Wirtschaftsfreiheit, 75 ff.

59 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 35 ff. und dort zitierte Entscheide.

60 Die grundlegende Praxisänderung zugunsten der Zulässigkeit sozialpolitisch motivierter Einschränkungen der HGF erfolgte im Fall Griessen (BGE 97 I 499).

61 Polizeigüter sind z.B.: die öffentliche Ordnung, Ruhe, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, öffentliche Gesundheit und Eigentum, öffentliche Sittlichkeit, Leib und Leben. Vgl. hiezu auch Grisel 81, 166, 212.

62 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 87 und dort zitierte Entscheide: BGE 97 I 506, 99 Ia 620, 100 Ia 449.

Zwar erklärt das Bundesgericht, dass solche sozialpolitischen Massnahmen die *freie Konkurrenz* nicht beeinträchtigen dürfen (63), doch hat es z.B. im Fall Righi (64) erkannt, dass kantonale Beschränkungen hinsichtlich der Verkaufspreise und Mietzinse von Wohnungen in bestimmten Bauzonen mit BV 31 II vereinbar seien, sofern die Massnahmen das Ziel verfolgten, die Wohnungsnot zu bekämpfen.

Es kann m.E. mit guten Gründen darüber diskutiert werden, ob gerade im Fall Righi die freie Konkurrenz nicht beeinträchtigt worden ist. In der fraglichen Bauzone bestimmt nämlich nicht mehr das Spiel der freien Konkurrenz das massgebliche Preisniveau, sondern der staatliche Dirigismus.

Es erscheint daher durchaus möglich (65), dass das Bundesgericht, infolge seiner Konzeption über die freie Konkurrenz, die Bevorzugung ortsansässiger Unternehmen noch als sozialpolitische Massnahme mit BV 31 II vereinbar erklären würde. Zumindest schiene hier der Nachweis des öffentlichen Interesses leicht zu gelingen: Erhaltung der Arbeitsplätze und der Steuerzahler am Vergabeort.

Im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes schiene

63 Z.B. BGE 97 I 506 E. 4 c; Peter Saladin, Grundrechte im Wandel, 241 und 346.

64 BGE 99 Ia 604.

65 Das Bundesgericht hat auf dem Gebiete des Arbeitsvergabe-rechtes bishier nur die Verfassungsmässigkeit von Arbeiterschutzbestimmungen überprüfen können; danach hält eine Submissionsbestimmung, die den Unternehmer oder Lieferanten verpflichtet, die branchenüblichen Gesamtarbeitsverträge und ortsüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten, vor der HGF stand (unten 32); nach gegenwärtiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung müsste es aber auch zulässig sein, die Rechtmässigkeit von Submissionsnormen, die strukturpolitische Massnahmen enthalten, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bzw. mit StB überprüfen zu lassen (unten 189).

also die Bevorzugung ortsansässiger Unternehmen vor der Verfassung standzuhalten. M.E. ist dies jedoch eindeutig ein Grenzfall verfassungsmässiger Zulässigkeit.

III Sozialpolitik

1. Ziele

Das Gemeinwesen strebt in diesem Bereich den *Schutz der Arbeitnehmer* in den um die Staatsaufträge ringenden Unternehmungen an; ebenso sehr geht es hier um die Unterstützung *der schwächeren, aber überlebensfähigen Betriebe*. Bezüglich der Unterstützung der schwächeren (sprich: kleineren) Betriebe, kann ich auf das oben zur Strukturpolitik Gesagte, verweisen.

2. Der Arbeitnehmerschutz im besonderen

Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz ist vom Vertragsgedanken und der Verbandsfreiheit beherrscht und in seinen Grundzügen privatrechtlich konzipiert (66).

Es gilt der Grundsatz der *Vertragsfreiheit* (67).

Gewisse SOen wirken aber auf den Abschluss und im besonderen Masse auch auf die Einhaltung der GAV ein (68). So verpflichtet

66 Gysin Arnold; GAV, 426.

67 BGE 74 II 158 ff, zitiert in Gysin, GAV, 427.

68 Vgl. auch Gysin; GAV, 427.

sich der Unternehmer z.B. nach der Bundes-SO (69), die branchen-
üblichen Gesamtarbeitsverträge und die ortsüblichen Arbeits-
bedingungen einzuhalten (70).

Die privatrechtliche Lösung des kollektiven Arbeitsrechtes soll

- 69 Art. 5 Abs. IX; In Ausführung dieser Bestimmung, lässt die
Direktion der eidg. Bauten (heute: Amt für Bundesbauten
(AFB)) folgende Erklärung vom berücksichtigten Unternehmer
oder Lieferanten unterzeichnen:

Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge und der
ortsüblichen Arbeitsbedingungen

Der Unterzeichnete Unternehmer oder Lieferant anerkennt
die Submissionsverordnung des Bundes vom 31. März 1971.
Er verpflichtet sich, bei einer allfälligen Arbeitsüber-
tragung

- a) die für ihn massgeblichen Gesamtarbeitsverträge, d.h. *)
.....
.....
sowie die ortsüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten;
- b) seine Unterakkordanten anzuhalten, dasselbe in ihrem
Bereich zu tun.

Er erklärt, dass er alle finanziellen Verpflichtungen in
bezug auf die Ablieferung der AHV/IV/EO-Beiträge sowie
der übrigen Beiträge gemäss Gesamtarbeitsverträgen erfüllt
hat.

Unterschrift des Unternehmers
oder Lieferanten:

.....
....., ...

*) vom Unternehmer oder Lieferanten auszufüllen.

70 Eine analoge Bestimmung enthält z.B. die SO der Stadt
Zürich, Art. 16.

das Prinzip der Selbsthilfe der Sozialpartner betonen (71). Auf der anderen Seite gewährleistet sie aber auch die Flexibilität der Regelungen bzw. deren schnelle Anpassungsfähigkeit (72). Nach Gysin ist die Gefahr einer öffentlich-rechtlichen Denaturierung des GAV heute überwunden (73). Die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV (74) ändert an dieser grundsätzlich privatrechtlichen Ausgestaltung unseres kollektiven Arbeitsrechtes nichts (75). Zudem wurde in der Praxis von der AVE bisher nur ein geringer Gebrauch gemacht. Im Juli 1977 waren 7 vom Bund und 14 von den Kantonen ausgesprochene

-
- 71 Als Beispiel hiezu sei die "Paritätische Berufskommission, Kanton Zürich" genannt. Diese Kommission hat die Aufgabe, für die Anwendung und den einheitlichen Vollzug des Gesamtarbeitsvertrages zu sorgen sowie Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu schlichten. Die Kommission setzt sich, wie dies schon aus der Bezeichnung hervorgeht, aus gleich vielen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zusammen. Es erfolgt also kein Rückgriff auf staatliche Hilfe (Gesamtarbeitsvertrag, Kanton Zürich, für die Betriebe des Hoch- und Tiefbau-, Steinhauer- und Steinbruchgewerbes sowie der Sand- und Kiesgewinnung, Art. 7 ff.).
- 72 Vgl. die bei Gysin, GAV, 427, zitierte Äusserung des sozialdemokratischen Nationalrates und vormaligen Bundesrates *Max Weber*: "Der Sprechende hat die Gewerkschaften und die Arbeiterschaft immer davor gewarnt, einfach vom Staate alles regeln zu lassen, weil damit die Freiheit der Verbände und der Arbeitnehmerschaft gefährdet würde".
- 73 Gysin, GAV, 427.
- 74 Aufgrund des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV vom 28. September 1956; SR 221.215.311.
- 75 Vgl. dazu die überzeugende Begründung bei Gysin, GAV, 427. Er nennt: Ausschluss der Zwangsschlichtung; Vertragsparteien sind in der Regel Personen des Privatrechtes; der Vertrag selbst ist ein privatrechtlicher; soweit nicht autonome Durchsetzung erfolgt, geschieht sie vor dem Zivilrichter.

Allgemeinverbindlicherklärungen in Kraft, die rund 44200 Arbeitgeber (davon 8800 Aussenseiter) und 306000 Arbeitnehmer (davon 154200 Aussenseiter) erfassten (76).

OR 357 a regelt die Durchführungspflicht und die daraus folgende Einwirkungspflicht der Vertragsparteien gegenüber ihren Mitgliedern zur Einhaltung des GAV. Im weiteren regelt die zitierte Bestimmung die Friedenspflicht. Diese Pflicht ist allerdings in dem Sinne relativ, dass sie nur dann absolut gilt, wenn dies der Vertrag ausdrücklich vorsieht. Der Arbeitsfriede beruht daher in der Schweiz nicht auf staatlicher Gewalt, sondern auf der Vertragstreue und loyalen Gesinnung der in der Verbandsleitung massgebenden Persönlichkeiten und auf der Disziplin der Mitglieder. Im Rahmen dieser Konzeption des Arbeitsrechtes erscheinen die Eingriffe durch die Submissionsordnungen als systemwidrig. Die rechtspolitische Wünschbarkeit des Arbeitsfriedens rechtfertigt indessen die staatliche Mitwirkung durch mittelbaren Druck im Vergabewesen, so dass die formalrechtlichen Bedenken in den Hintergrund treten. Dies umso mehr, als die grundsätzlich privatrechtliche Natur des Arbeitsrechtes dadurch nicht beseitigt wird und die Durchführung wirkungsvoll und relativ leicht überprüfbar ist.

Die allgemeine Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Arbeitsbedingungen dient letztlich auch der Schaffung einer gerechten Konkurrenzsituation: Die potentiellen Auftragnehmer sollen mit gleich langen Spiessen antreten können.

Anzufügen bleibt noch, dass die Bestimmungen der SOen über den Arbeitnehmerschutz seit dem Erlass des Arbeitsgesetzes (77) an Bedeutung verloren haben.

76 Zitiert aus Rehbinder, 171.

77 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz); SR 822.11.

3. Zulässigkeit solcher Sozialpolitik

Wie ich bereits oben S. 24 gezeigt habe, sind Abweichungen von der HGF aus sozialpolitischen Gründen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung verfassungsrechtlich zulässig. Ich kann in diesem Zusammenhang voll auf jene Ausführungen verweisen.

Bei den Arbeiterschutzbestimmungen handelt es sich offensichtlich um sozialpolitisch motivierte Normen. Weil sie neben der Erhaltung der kleineren Betriebe auch dem Arbeitsfrieden dienen, kann gesagt werden, dass diese Massnahmen darauf gerichtet sind, die Wohlfahrt eines grossen Teils der Bürger zu fördern, damit stehen sie auch im öffentlichen Interesse.

Es ist in diesem Zusammenhang noch auf einen neueren Bundesgerichtsentscheid, den "Tessiner-Entscheid", hinzuweisen, der das Submissionsrecht entscheidend beeinflussen könnte (78). Es ging dabei um ein Rundschreiben des Tessiner Staatsrates, mit welchem dieser alle Gemeinden des Kantons aufforderte, Architekten- und Ingenieuraufträge nur noch an Büros zu vergeben, die einem bestimmten Gesamtarbeitsvertrag beigetreten sind und diesen nun auf ihre Arbeitnehmer anwenden (79). Zwar wurden die Gemeinden nicht direkt verpflichtet, ihre Aufträge nur noch im genannten Sinne zu vergeben; mittelbar übte der Staatsrat aber insofern einen Druck auf die Gemeinden aus, als er sich vorbehielt, bei Nichtbefolgen der "Ratschläge", Subventions-

78 BGE 102 Ia 533 ff.; vgl. zur Bedeutung des Entscheides für die submissionsrechtliche Rechtsprechung auch unten 185 ff.

79 Das Rundschreiben enthielt u.a. folgende Bestimmung:
"Il Consiglio di Stato ha deciso il 31.1.73 (...) di conferire mandati per progetti ed opere di architettura ed ingegneria solo ai titolari degli studi che hanno aderito al Contratto Collettivo di Lavoro (CCL) (...)."
"Qualora i Comuni non rispettassero questa decisione e affidassero comunque la progettazione o l'esecuzione di opere sussidiate a professionisti non firmatari del CCL, il Consiglio di Stato potrà negare i sussidi di sua competenza" (BGE 102 Ia 536).

leistungen zu verweigern (80). Der Staatsrat stützte sein Vorgehen auf die kantonale SO (81), ohne die angewandte Bestimmung genau zu bezeichnen (82).

Das Bundesgericht hatte zunächst zu prüfen, ob das strittige Rundschreiben überhaupt ein anfechtbarer Hoheitsakt i.S. von OG 84 darstellte. Obwohl das Rundschreiben weder die Gemeinden (a.a.O., 537, E. 1b) noch die Ingenieure (a.a.O., 538, E. 1c) zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden verpflichtete, konnte aufgrund der faktischen wirtschaftlichen Auswirkungen nicht bezweifelt werden, dass es wie eine Verwaltungsverordnung, die in die rechtlich geschützten Interessen des Beschwerdeführers eingreift, behandelt werden musste.

In der Sache war zunächst zu prüfen, ob das Rundschreiben BV 34 ter (83) verletzte. Die Frage war entschieden zu verneinen. Das staatsrätliche Schreiben verletzte nämlich offensichtlich weder den Sinn noch den Geist des Bundesrechtes; das Vorgehen

-
- 80 BGE 102 Ia 536: "...il Consiglio di Stato potrà negare i sussidi di sua competenza."
- 81 Legge sugli appalti del 12 settembre 1978, in Raccolta delle Leggi, Volume VI, Numero 230.
- 82 Vermutlich meinte er aber Art. 14 lit. c des in N 4 zitierten Gesetzes; diese Bestimmung lautet wie folgt: "Sono legittimate a concorrere:
c) (...)le imprese che al momento della pubblicazione del concorso sono firmatarie del contratto collettivo di lavoro vigente nel cantone per la categoria di arti e mestieri cui l'opera si riferisce."
- 83 BV34^{ter} lautet: "Der Bund ist befugt, Vorschriften aufzustellen:
a) über den Schutz der Arbeitnehmer;
b) über das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, insbesondere über die gemeinsame Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten;
c) über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen und von anderen gemeinsamen Vorkehren von Arbeitgeber und Arbeitnehmerverbänden zur Förderung des Arbeitsfriedens;
(...)."

war im Gegenteil geeignet, den Arbeitsfrieden zu fördern (a.a.O., 539, E. 7). Unter diesen Umständen verletzte das Rundschreiben auch den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes (84) nicht (a.a.O., 541/542, E. 7).

Eingehend prüfte das Bundesgericht alsdann allfällige Verstösse gegen die HGF (BV 31) (85). Das Bundesgericht erinnerte, im Sinne seiner neueren Rechtsprechung (86) daran, dass die Kantone der HGF sowohl polizeiliche- als auch sozialpolitische Massnahmen entgegenstellen dürfen, sofern diese nicht in die freie Konkurrenz eingreifen oder deren Wirkungen abschwächen. Der GAV, dessen Bestimmungen mit dem angefochtenen Rundschreiben durchgesetzt werden sollten, verfolgte sozialpolitische Ziele, weshalb der Rahmen von BV 31 II nicht überschritten wurde; sozialpolitischer Natur sind nach Ansicht des Bundesgerichtes namentlich die Bestimmungen über die Arbeitsdauer, die Ferien und den Minimallohn (a.a.O., 544 E. 10 f). Es blieb folglich nur noch die Einhaltung der allgemeinen Verfassungsprinzipien zu überprüfen, deren Beachtung jede Beschränkung der verfassungsmässigen Rechte voraussetzt. Dabei konnte festgestellt werden, dass die Regelung zunächst dem öffentlichen Interesse entspricht (a.a.O., 545 E. 11 c): Die gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen, deren verbesserte Durchsetzung durch das Rundschreiben erreicht werden sollte, wollen den Arbeitsfrieden erhalten und fördern. Schliesslich konnte das Bundesgericht auch festhalten, dass das auf das Tessiner Submissionsrecht gestützte Rundschreiben weder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzte

84 Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes ergibt sich aus Art. 2 Ueb. Best. BV.

85 Vgl. dazu auch unten 183 - 189.

86 Vgl. oben 24, N 60.

(a.a.O., 546 E. 11 d) noch eine rechtsungleiche Behandlung der Gewerbege nossen zur Folge hatte (a.a.O., 547 E. 11 e). Das Vor gehen des Staatsrates war daher zulässig.

B. Die Interessen der Unternehmer

Einigkeit besteht in der Unternehmerschaft vor allem in der Frage der *branchenmässigen Existenzsicherung*: Die Branche als Ganzes soll bestehen bleiben.

In welcher Form der Staat zu diesem Bestand einen Beitrag leisten soll und welchen strukturellen Charakter die Branche alsdann haben soll, ist dagegen Gegenstand heftiger Kontroversen.

Naturgemäss treten die grossen, überregional tätigen Unternehmungen für den freien Wettbewerb ein. Eine Einschränkung wird im allgemeinen bloss zulasten der ausländischen Konkurrenz gemacht. Die überregional tätigen Unternehmen sind auf weite Märkte angewiesen und sind in der Lage, dank ihrer grossen maschinellen- und personellen Mittel, ihre starke Konkurrenzfähigkeit auf einem freien Markt voll zur Geltung zu bringen.

Die kleineren, regional und lokal tätigen Unternehmungen treten zum vornherein nur auf ihrem beschränkten Tätigkeitsgebiet mit den grossen in Konkurrenz. Sie müssen hier ihren Verdienst realisieren, wenn sie überleben wollen: Im Gegensatz zu den grossen Betrieben können sie nicht kurz- oder mittelfristig mit Unterangeboten arbeiten, um einen bestimmten Markt zu erobern. Dazu fehlen ihnen die nötigen finanziellen Mittel und die Möglichkeit, die auf einem Markt eingetretenen Verluste durch Gewinne auf einem anderen zu kompensieren.

Die kleineren Unternehmen verlangen daher eine bevorzugte Berücksichtigung auf ihren angestammten Märkten.

Dieser typische Interessengegensatz ruft zwingend der Frage nach der Rechtsgleichheit.

Klar ist zunächst, dass der Rechtsgleichheitsbegriff aufgrund der divergierenden Interessen auch verschieden interpretiert wird. In Wirklichkeit kann es indessen in dem Moment, in dem der *politische Entscheid* zugunsten der Erhaltung der regional und lokal tätigen Betriebe gefallen ist, gar keine echte Gleichbehandlung mehr geben. In Tat und Wahrheit wird nämlich vielmehr eine *Chancengleichheit* angestrebt: Die Bevorzugung des ortsansässigen Gewerbes soll die Vorteile der überregional tätigen Betriebe wettmachen, so dass die verschiedenen Konkurrenten mit gleich langen Spiessen gegeneinander antreten können. Dieser Konflikt, der ein zentrales Thema staatlicher Vergabepolitik ist, spiegelt sich denn auch in der einschlägigen politischen Auseinandersetzung (87).

Es ist hier noch auf das Institut des Vergaberegisters hinzuweisen, mit welchem ein Beitrag zur Chancengleichheit unter den Bewerbern geleistet werden soll (88). So führt z.B. der Kanton Zürich *ein zentrales Register* über sämtliche staatliche Vergabungen (89). Damit soll eine optimale Abwechslung unter den Bewerbern erreicht werden.

87 Vgl. oben 16 ff. und unten 38 ff.

88 Vgl. oben 16 ff. und 26 ff.

89 SO/ZH 13 II.

UMSATZERHEBUNG FUER ARBEITSVERGEBUNGEN

(in Fr. 1000)

Unternehmer (gleichwertige Bewerber)	Arbeiterzahl CH A	Offert- betrag	Umsatz in den Jahren		Total der Aufträge pro Arbeit
			19..	19..	19..

N a m e

Rang

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.

Bemerkungen:

(z.B. Aufträge in Arbeitsgemeinschaften)

Daten zur Arbeitsvergebung

Baustelle:

Art der Arbeit:

Wettbewerbsart:

Anzahl der eingereichten Angebote

Höchstes Angebot

Fr.

Tiefstes Angebot

Fr.

Arith. Mittel nach Ausschluss evtl.

Höchstangebote über Toleranz

Fr.

Grenzwert für

Unterangebotsverdächtigkeit

... % = Fr.

Unterangebotsverdächtige Bewerber:

Unternehmer:

Ausschluss vom Wettbewerb infolge Nichtdeckung der unternehmerischen
Selbstkosten gemäss beigelegtem gelben Formular:

Unternehmer:

Gleichwertige Bewerbungen nach Ausschluss von Unterangeboten:

Tiefstes Angebot

Fr.

Toleranzwert

... % = Fr.

Grenzwert

Fr.

Unternehmer:	Eingabe	Rab.	Skto	Eingabe	% arithm.	Umsatzer-
	rev.netto	%	%	rev.brutto	Mittels	hebung/Rang

1.

2.

3.

4.

5.

6.

Beantragte Vergabung an:

Unternehmer

Fr.

Begründung Abweichung: Leistungsfähigkeit
Qualität

andere :

Das Vergaberegister erweist sich aber nicht in jeder Hinsicht als "Ei des Kolumbus."

Zunächst werden Staatsaufträge oft von Arbeitsgemeinschaften (einfachen Gesellschaften) übernommen, die sich aus mehreren Unternehmungen zusammensetzen. Die gesellschaftsinterne Aufteilung des Auftrages ist für das registerführende Gemeinwesen von aussen nicht erkennbar, weshalb die Belastung der einzelnen Firmen Schwierigkeiten bereitet.

Schwierigkeiten kann auch die Erfassung des Arbeitnehmerbestandes der berücksichtigten Unternehmen bereiten; diese Rechnungsgrösse dient aber (wohl zu Recht) als Grundlage für die Zuteilung der Aufträge.

Eine dritte Schwierigkeit ergibt sich schliesslich daraus, dass sich die verschiedenen Bewerber einer Branche nicht stets auf allen Märkten konkurrenzieren; so führt beispielsweise ein Teil der Bauunternehmungen gewisse besondere Bauverfahren (wie etwa die Spannbetontechnik) nicht aus. Wie soll nun ein Bauunternehmer gegenüber seinem Konkurrenten gesamthaft belastet werden, wenn diesem ein Auftrag zugeschlagen wurde, den letzterer gar nicht ausgeführt hätte ?

Die Schwierigkeiten, die sich bei der Anlegung eines Vergaberegisters ergeben, dürfen indessen nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Register trotz allem ein nützliches Arbeitsinstrument ist. Sofern das Register insbesondere mit periodisch durchgeführten Nachforschungen über die internen Verhältnisse in den Arbeitsgemeinschaften und der in den Unternehmungen beschäftigten Arbeitnehmer ergänzt wird, vermag es zumindest zur Verhinderung krasser Ungerechtigkeiten beizutragen. Zu erwähnen ist schliesslich, dass das Vergaberegister *nicht eine Kontingentierung der Staatsaufträge bezweckt*; einem Manco im Vergaberegister kann nur die Rolle eines sekundären Vergabekriteriums

zukommen (90).

C. Günstigstes Angebot; Unterangebot; Interessengegensatz

Es entspricht zunächst einer Binsenwahrheit, dass diejenige Unternehmung, die die *billigste Offerte* einreicht, nicht immer auch die *qualitativ beste Arbeit* liefert und bisweilen auch die vorgesehenen *Termine* nicht einhält.

Aus dieser Problematik heraus wurde der Begriff des *günstigsten Angebotes* geschaffen, der eine Synthese der drei genannten Kriterien (91) und mitunter weiterer sein soll (92); als weiteres Kriterium fällt insbesondere die Kreditwürdigkeit des Bewerbers in Betracht. Die Berücksichtigung der billigsten Offerte kann aber auch dann, wenn sie gleichzeitig die günstigste ist, den Interessen des Gemeinwesens zuwiderlaufen: Der Staat ist daran interessiert, dass die Gewerbetreibenden einen angemessenen Verdienst erzielen. Etwas anderes würde namentlich der staatlichen Strukturpolitik widersprechen (93). So haben denn auch viele Gemeinwesen versucht, die in Zeiten der Rezession vorkommenden *Unterangebote*, die naturgemäss zu Strukturveränderungen führen, durch entsprechende Bestimmungen in den SOen zu bekämpfen.

-
- 90 Vgl. zur Unterscheidung von primären und sekundären Vergabekriterien, oben 13 f.; das sekundäre Vergabekriterium kann nur im Rahmen des gleich günstigen Angebotes zum Zuge kommen.
- 91 Die drei Kriterien sind: Das billigste Angebot; die qualitativ beste Arbeit; die korrekte Einhaltung der Ausführungs-termine.
- 92 Vgl. dazu z.B. Bundes-SO 8 I; SO/ZH 13 I; SO/Zh 12; ebenso den Bericht der Schweizerischen Kartellkommission, VKK 1967, 141 ff., die anerkennt, dass zwischen den angestrebten Zielen eine Kollision eintreten könne, wenn keine *Prioritätsordnung* aufgestellt werde.
- 93 Vgl. oben 16 ff.

Auch die Direktion der Eidgenössischen Bauten (94) anerkennt, dass mit einer verbreiteten Berücksichtigung von nicht kosten-deckenden Angeboten der Preiszerfall begünstigt, der Druck auf die Löhne und die gesamtarbeitsvertraglichen Sozialleistungen verstärkt und der Arbeitsfriede gefährdet werde.

Die Direktion der öffentlichen Bauten des Kantons Zürich (95) meint, dass das öffentliche Interesse an einer breit gestreuten Unternehmerschaft eine Vergabungspolitik verlange, die einer rezessiven wirtschaftlichen Entwicklung Rechnung trage.

Schliesslich haben sich auch die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (96) und die Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (97) entschieden gegen die Zulassung von Unter-angeboten ausgesprochen.

-
- 94 Bericht über die Handhabung des Submissionswesens des Bundes in Zeiten der Rezession; Stand: Mitte Juni 1976, 12 ff.
- 95 Richtlinien zur Ausschaltung von Unterangeboten und Wettbewerben mit preisgleichen Offerten der Direktion der öffentlichen Bauten des Kantons Zürich vom 1. Januar 1976, 1.
- 96 Bericht der Geschäftsprüfungskommission an den Nationalrat über die Arbeitsvergebung durch den Bund vom 16. August 1978, 8. Es wird erklärt: "Lässt man der Entwicklung (es wird auf den Preiszerfall im Baugewerbe verwiesen) ihren Lauf, so würde sie zu einem Sterben der mittleren und kleineren, hauptsächlich der jungen Unternehmungen führen, während die Grossen, die in den verflossenen Jahren bedeutende Reserven anlegen konnten, überleben würden. Eine Redimensionierung im Baugewerbe ist nicht zu umgehen; doch darf sie nach dem Dafürhalten der Delegation nicht einzig zu Lasten der mittleren und kleineren Betriebe erfolgen. Daraus ergäbe sich eine volkswirtschaftlich unerwünschte Konzentration im Baugewerbe: Mit der Zeit würden einige Grossunternehmen praktisch eine Monopolstellung einnehmen; der freie Wettbewerb würde beeinträchtigt oder wegfallen, was unweigerlich eine "preisliche Retourkutsche" zur Folge haben müsste" (BB1. 1978 II 964).
- 97 Grundsätze, 4/5.

Meines Wissens gibt es keine ernst zu nehmenden Stimmen, die für eine dauernde Zulassung und Berücksichtigung von Unterangeboten eintreten würden. Uneinigkeit besteht dagegen in der Frage, *was als Unterangebot eingestuft werden soll* und wie ein solches erkannt werden kann.

Der Kanton Zürich z.B. geht wie folgt vor: Er errechnet von allen eingereichten und gültigen Offerten (98) das arithmetische Mittel. Offerten welche alsdann preislich mehr als 30 % über dem arithmetischen Mittel liegen, werden für die weitere Berechnung ausgeschieden. Von den verbleibenden Offerten ist wiederum das arithmetische Mittel zu bestimmen. Für diejenige Offerte, welche 15 % und mehr unter dem errechneten Mittel liegt, besteht die Vermutung eines Unterangebotes. Sie ist, sofern der Unternehmer nicht innert 14 Tagen beweist, dass seine Offerte die Selbstkosten decke, vom Wettbewerb auszuschliessen (99).

98 I.S. der SO.

99 ZH, Ergänzende Richtlinien, A (Ausscheidung der unterangebotsverdächtigen Offerten). Das "Zürcher Modell" ist auch etwa vom Kanton Schwyz übernommen worden; vgl. dazu unten, 193.

Amtsstelle:

Ausschluss unterangebotsverdächtiger Offerte

Objekt / Baustelle:

Arbeitsgattung:

Bewerber:

Angebot vom:

Stellungnahme:

Aufforderung vom:

Antwort vom:

0 Der Bewerber ist von der Vergebung aus folgenden Gründen auszuschliessen:

0 Bewerber ist freiwillig zurückgetreten

0 Antwort: keine/unvollständig/ungenügend

0 Kalkulationsunterlagen: keine/unvollständig/ungenügend

0 Material: quantitativ unvollständig/falsche
Preise/nicht vorgeschriebene,
ungenügende Qualität/keine
Preislisten, Offerten/ kein,
unvollständiger Ausweis über
Rabatte

0 Montage: quantitativ unvollständig/keine
Zeitangaben/Montagezeit unter-
bewertet

0 Lohn: keine Angaben/Ausweis fehlt/
keine, ungenügende Sozial-
lasten/Lohnsatz zu tief

0 Gemeinkosten: keine, ungenügende Angaben/
Ausweis fehlt/ Gemeinkosten-
faktor zu tief

0 WUST: nicht eingerechnet/WUST-Ansatz
falsch

0 Vorbehalte / Einschränkungen / Klauseln:

0 Andere Gründe / Bemerkungen:

(Zutreffendes ankreuzen bzw. unterstreichen)

Sachbearbeiter:

Visa:

Datum:

Die Direktion der öffentlichen Bauten (100) hat sich in ihrem Rezessionsbericht gegen solche Berechnungsmethoden ausgesprochen und erklärt, dass Verfahren solcher Art den gestellten Anforderungen nicht genügen könnten. Die aus gesamtwirtschaftlicher Sicht relevante Forderung, die Aufträge der öffentlichen Hand zu Preisen zu vergeben, welche die einem leistungsfähigen Unternehmen bei guter Organisation entstehenden Kosten mindestens deckten, könne mit solchen Methoden deshalb nicht erreicht werden, weil die Beziehung zwischen dem Preis und den Kosten einer Arbeit überhaupt nicht in Erscheinung trete. Die Angemessenheit des Preises eines Bewerbers könne sich daher nicht nach den übrigen Angeboten richten. Sie sollte in bezug auf die Gewährleistung der Kostendeckung wettbewerbsneutral beurteilt werden. Bekanntlich wichen die einzelnen Unternehmen in ihren Kostenrechnungen und Organisationsformen, in ihrem Management und in den Arbeitsverfahren erheblich voneinander ab, so dass der kostendeckende Preis oft von aussen her nicht zuverlässig genug bestimmt werden könne.

Die Kritik der Direktion der Eidgenössischen Bauten übersieht m.E. einen wichtigen Faktor: die praktische Durchführung der Regelung. Es mag sein, dass ein Aussenstehender die Kostenstruktur einer Unternehmung weniger zuverlässig ermitteln kann als der Unternehmer selbst. Es kann doch aber wohl nicht im Ernst von der vergabenden Behörde verlangt werden, dass sie

100 Bericht der Direktion der öffentlichen Bauten, 13 ff.; die Amtsstelle hat inzwischen ihren Namen geändert: Heute nennt sie sich "Amt für Bundesbauten" (AFB).

sich in die konkreten Kostenverhältnisse jedes Submittenten einarbeitet (101). Natürlich schiebt die, z.B. im Kanton Zürich gewählte Methode, dem Unternehmer den schwarzen Peter zu: Er muss unter den gegebenen Voraussetzungen beweisen, dass seine Offerte kein Unterangebot ist. Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht besteht aber ein überwiegendes Interesse daran, dass der Staatsapparat nicht durch eine überperfekionierte Verwaltungskontrolle allzu stark aufgebläht wird. Daran ist letztlich auch der Unternehmer interessiert.

D. Vergabepolitik und Konjunkturlage, Zulassung von Abgebotsrunden

Aus der ganzen, bisher in § 3 gegebenen Darstellung folgt bereits, dass die Konjunkturlage einen entscheidenden Einfluss auf die staatliche Vergabepolitik ausübt.

Aus Gründen der *Rechtssicherheit* muss m.E. indessen verlangt werden, dass sich das Gemeinwesen trotz diesen problembedingten Lageveränderungen, stets auf *die gleichen Normen* stützt: Diese Forderung setzt natürlich eine entsprechende Flexibilität der

101 So weit geht allerdings auch die D+B (Heute: AFB) in der Praxis nicht. Zur Ausschaltung der Unterangebote benützt sie folgende Methode: Liegt ein Angebot offensichtlich unter den Preisen, welche bisher für ähnliche Arbeiten praktiziert wurden, so wird vom Unternehmer eine Kalkulation mit Aufwandanalyse verlangt. Ist der Bewerber nicht in der Lage zu beweisen, dass der geforderte Preis seine Kosten deckt, so wird seine Offerte eliminiert (Bericht, 10).

Mit dieser Methode wird das Unterangebot aber offensichtlich auch nicht wettbewerbsneutral beurteilt: Anstelle des Vergleiches mit Konkurrenzofferten tritt derjenige mit früheren Angebotspreisen - ein zweifelhaftes Vorgehen.

SOen voraus (102). Innerhalb der Bandbreite, die solchermassen ausgestaltete Normen gewähren, kommt das verwaltungsrechtliche Ermessen zum Zuge (103). Es ist klar, dass das Gemeinwesen bei Hochkonjunktur auf der einen und in Rezessionsphasen auf der anderen Seite unterschiedliche Prioritäten setzen muss.

Während bei Hochkonjunktur die Sicherstellung günstiger Preise, guter Qualität der Arbeit und die Einhaltung der vereinbarten Termine im Vordergrund steht, konzentriert sich die Aufmerksamkeit der Behörden in Zeiten der Rezession vor allem auf die Ausschaltung von Unterangeboten, die Erhaltung der (überlebensfähigen) Betriebe, die gerechte Verteilung der Aufträge und den Arbeitnehmerschutz.

Ein hier zu erörterndes Sonderproblem, das vor allem bei Hochkonjunktur immer wieder zur Diskussion gestellt wird, ist die Frage nach der Zulässigkeit bzw. der Opportunität von *Abgebotsrunden*; unter diesem Begriff werden Preisverhandlungen mit einzelnen Bewerbern und die Entgegennahme von Preisreduktionen nach der Einreichung der Offerten verstanden. Auch die Kartellkommission hat sich 1967 zu diesem Problem geäußert. Ihre Erhebung über die "öffentlich-rechtlichen Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit durch Submissionsvorschriften" tritt für die Zulassung solcher Abgebotsrunden ein: Indem z.B. den Bewerbern verboten werde, nach Ablauf der Eingabefrist Änderungen an ihren Offerten vorzunehmen, sei den Submissionsbehörden praktisch die Möglichkeit genommen, nachträglich Abgebote entgegenzunehmen und zwecks Erzielung solcher Abgebote mit den Bewerbern zu verhandeln (104).

In einer Zeit der Hochkonjunktur mag das Entstehen für Abgebotsrunden auf den ersten Blick noch verständlich erscheinen: Sind die Unternehmer allerdings nicht auf den Auftrag angewiesen, so

102 Vgl. dazu unten 83 ff.

103 Vgl. dazu unten 91 ff.

104 VKK 1967, 145.

wird wohl auch die praktische Wirksamkeit solcher Abgebotsrunden nicht sehr gross sein. Untersucht man die Frage jedoch genauer, so fällt auf, dass Abgebotsrunden in jedem Fall abzulehnen sind. Dieses Verfahren eignet sich nicht zur Erzielung des günstigsten Preises, sondern führt zu kartellmässigem Abgebotsverhalten der Bewerber. In der Tat setzen sich die Unternehmer gegen solche staatliche Preisdrückerei in der Weise zur Wehr, dass sie, in gemeinsamer Absprache, die abzubietenden Positionen auf das Angebot schlagen. An dieser Tatsache vermag auch die Ansicht der Kartellkommission, wonach es bei Abgebotsrunden nicht darum ginge, "in unfairer Weise den einen gegen den anderen auszuspielen", sondern "in gemeinsamem Gespräch die Möglichkeit von Preisreduktionen zu suchen" (105), nichts zu ändern.

E. Kodifizierung des Vergaberechtes

Wenn auch keine staatsrechtliche Pflicht der Gemeinwesen zur Kodifizierung ihres Vergabewesens besteht (106), so lassen es m.E. Gründe der Rechtstaatlichkeit und der Rechtssicherheit doch als wünschenswert erscheinen, das Vergabewesen zu kodifizieren. Die dargestellte Interessenvielfalt, die bei der Arbeitsvergabe zu berücksichtigen ist, überfordert die Verwaltung, wenn sie nicht über eine präzise Regelung verfügt. Die im Spiele stehenden Interessen lassen sich nur durch eine

105 A.a.O., 145.

106 Aus Schweizerischem Bundesstaatsrecht folgt daraus, dass einem Gemeinwesen ein bestimmter Sachbereich kompetenzmässig zusteht, nicht auch die Pflicht desselben, diesen Bereich mit Normen auszufüllen. Dagegen haben die Gemeinwesen ungeachtet dessen, ob sie eine bestimmte, ihnen zustehende Materie regeln oder nicht, die aus der Verfassung fliessenden Prinzipien verwaltungsmässigen Handelns zu beachten. (Vgl. auch unten 66 ff.).

konstante, diesen Interessen dienende Vergabepolitik lösen; die erforderliche Konstanz lässt sich m.E. am besten durch eine entsprechende Kodifikation erreichen. Auch die Gefahr willkürlicher Vergabung erscheint mir geringer, wenn die Verwaltung über eine klare Rechtsgrundlage verfügt (107) (108). Inhaltlich muss von einer solchen Regelung eine *Rechtsgüterabwägung* verlangt werden, die die Verwaltung anleitet, wie sie die verschiedenen, sich zum Teil sogar widersprechenden Interessen bei der Arbeitsvergabe zu berücksichtigen hat. Die submissionsrechtlichen Begriffe, insbesondere derjenige des günstigen Angebotes, müssen dabei in einem möglichst hohen Masse objektiv bestimmbar sein; das Ausmass der Ermessensspielräume muss auf das Notwendige beschränkt werden. Wie diese Gewichtung im konkreten Fall vorgenommen wird, ist eine durch den Gesetzgeber zu beantwortende politische Frage, die in diesem Zusammenhang von fundamentaler Bedeutung ist und jedenfalls nicht in den Aufgabenkreis der Verwaltung gehört.

-
- 107 *Schwarzenbach* leitet die Notwendigkeit, Submissionsordnungen aufzustellen, vor allem aus dem Gleichheitssatz der BV ab. Er führt weiter aus, dass aus dem darin enthaltenen Willkürverbot die ausnahmslose Anwendung einer SO folge. Eine Vergabung durch den Staat müsse sich auf sachlich haltbare Gründe stützen können, auf objektive Kriterien, die von Unbeteiligten als solche erkannt werden könnten und bei denen auch nachgeprüft werden könne, ob sie vorlägen (ZBl. 66 (1965) 58).
- 108 Das Legiferierungserfordernis wird auch in einer Stellungnahme des Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartementes vom 23. März 1976 zu einem Bericht des Eidgenössischen Departementes des Innern über die Handhabung des Submissionswesens in Zeiten der Rezession, in Kommission für Einkaufsfragen des Bundes, Mitteilung Nr. 1 vom 25. Juni 1976, hervorgehoben: "So wenig wie die Einkaufsstellen sind aber auch die Bauorgane in der Lage, zu beurteilen und zu entscheiden, welche Unternehmen im gesamtschweizerischen Interesse zu erhalten sind und welche nicht. Strukturpolitik zu betreiben ist nicht Sache der Verwaltung, sondern muss - bei aller Zurückhaltung, die gegenüber solchen Vorkehren ohnehin geboten ist - *den politischen Instanzen* überlassen bleiben, die hiefür allein die Verantwortung tragen können."

2. Kapitel: BEGRIFF UND ANWENDUNG DER SUBMISSION

§ 1 Begriff

Die *Submission* ist eine Aufforderung zur Stellung von Offerten durch öffentliche Ausschreibung von Arbeiten oder Lieferungen (1). Etwas ausführlicher ist die Definition von Schönenberger/Jäggi (2). Sie verstehen unter "*öffentlicher Submission*" die *Ausschreibung*, die ein zukünftiger Bauherr oder Auftraggeber im Hinblick auf die Vergebung von Bauarbeiten für ein Bauprojekt oder die Erteilung eines Auftrages vornimmt. Ähnlich lautet die Umschreibung des Eidgenössischen Justizabteilung (3): "De manière générale, la mise en soumission est considérée comme un appel d'offres, c'est-à-dire que le soumettant demande, sans engagement, que des offres lui soient faites en vue de la conclusion éventuelle d'un contrat". Art. 4 SIA-Norm 118 (4) geht vom Begriff der *Ausschreibung* aus und erklärt: "Durch die Ausschreibung richtet der Bauherr gleichzeitig an mehrere Unternehmer (oder durch öffentliche Ausschreibung an unbestimmt viele) die Einladung, ihm auf Grund bestimmter Unterlagen (welche Art. 7 SIA-Norm 118 umschreibt) ein Angebot für die Ausführung einer Bauarbeit einzureichen." In Klammer bezeichnet die SIA-Norm 118 dieses Vorgehen alsdann als "Einladung zur Submission". Daraus folgt, dass die bisher genannten Definitionen die *Bekanntmachungshandlung* des Ausschreibenden als

1 Von Tuhr/Peter, 183 N 11.

2 Schönenberger/Jäggi, Kommentar zu OR 8, N 29.

3 VPB 40/1976, Nr. 55, 23 Ziff. 3; ebenso der dort zitierte BGE 46 II 372 und Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 140/149.

4 Allgemeine Bestimmungen für Bauarbeiten, Ausgabe 1977.

Submission bezeichnen, während dies für die SIA-Norm die Offerteinreichung des potentiellen Auftragnehmers ist. M.E. ist diese Ungereimtheit indessen nicht auf ein unterschiedliches Verständnis des Submissionsbegriffes in der angeführten Literatur und Rechtsprechung einerseits und in der SIA-Norm 118 andererseits zurückzuführen, sondern lediglich auf eine redaktionell missverständliche Fassung der SIA-Norm. Letztlich scheint mir diese Frage aber auch gar nicht so wichtig zu sein. Die Submission ist nämlich m.E. weniger als eine Handlung als vielmehr als ein *besonderes Verfahren* zu definieren: Es handelt sich um eine Anzahl von Handlungen, die auf den Abschluss eines Vertrages abzielen. Aus diesem Grunde sollte man entweder vom Submissionsverfahren sprechen oder unter dem blossen Begriff "Submission" das uns interessierende Verfahren verstehen. In diesem Sinne spricht auch Gauch, in seinem Aufsatz über SIA-Norm 118 (5), nur vom Submissionsverfahren.

Das Verfahren beginnt mit der Ausschreibung der zu vergebenden Arbeit oder Lieferung und endet mit dem Zuschlag. Entgegen Leiggener (6) gehört somit der Zuschlag nicht mehr zur Submission; der Zuschlag ist die Äusserung der Vergabebehörde gegenüber dem ausgewählten Submittenten, seine Offerte anzunehmen oder, mit anderen Worten, mit ihm den vorgesehenen Vertrag einzugehen.

Die Submission ist ein *Auswahlverfahren*, welches durch die öffentliche Ausschreibung der ins Auge gefassten Leistung eingeleitet wird: In diesem Sinne gehören alle Verfahrensabschnitte zur Submission, mit deren Hilfe der künftige Vertragspartner

5 Peter Gauch, Von der revidierten SIA-Norm 118, 215.

6 Leiggener, 31.

erkoren wird (7).

Die SOen unterscheiden zwischen der *allgemeinen* und der *beschränkten Submission* (8); letztere unterscheidet sich von ersterer nur dadurch, dass die *invitatio ad offerendum* (9) nur an die speziell eingeladenen und nicht an alle potentiellen Auftragnehmer gerichtet wird. Die beschränkte Submission findet namentlich auf Vergabungen Anwendung, die eine gewisse Grenzsomme nicht überschreiten (10).

Im allgemeinen werden die Erlasse, die das staatliche Vergabewesen regeln, zumindest im Untertitel, als "Submissionsverordnungen" bezeichnet (11); dies, obwohl sie neben der eigentlichen Submission auch z.B. die *freihändige Vergabung* (12) regeln. Da indessen die Vergabung durch Submission der Hauptfall ist und die freihändige Vergabung als blosser Ausnahme erscheint, rechtfertigt sich die Bezeichnung.

Anhang: Die freihändige Vergabung bzw. der sog. Direktauftrag
Der Vollständigkeit halber sei hier noch ein Hinweis auf diese Vergabungsart erlaubt. Unter freihändiger Vergabung versteht man die direkte Beauftragung eines bestimmten Unternehmers

7 Also z.B. die Offertöffnung aber auch etwa der Ausschluss eines Submittenten.

8 Vgl. z.B. SO/ZH 2.

9 Vgl. dazu noch unten 52 N 20; 53.

10 Z.B. SO/ZH 2 Ziff. 2: "Die Vergabung von Arbeiten oder Lieferungen erfolgt in der Regel auf Grund eines beschränkten Wettbewerbes, wenn der Wert der Arbeiten oder Lieferungen auf nicht mehr als 500'000 Franken für Tiefbauarbeiten, 200'000 Franken für andere Baumeisterarbeiten und 50'000 Franken bei allen übrigen Arbeiten und Lieferungen veranschlagt wird."

11 Vgl. z.B. die Bundes-SO, SO/ZH, SO/Zh.

12 Vgl. dazu den Anhang zu lit. A., 38.

ohne die vorgängige Ausschreibung des Auftrages. Es findet also kein Wettbewerb statt; aus diesem Grunde wird diese Vergebungsart auch nur ausnahmsweise angewandt. Sie wird von den SOen namentlich für die kleineren Aufträge (13) vorgesehen. Freihändige Vergabe erfolgt auch noch in einigen weiteren Fällen, in denen die Erfordernisse der Praxis dies verlangen. So sieht z.B. der Bund (14) eine Vergabung ohne Wettbewerb vor, wenn die Arbeiten und Lieferungen patentrechtlich geschützte Ausführungen umfassen, wenn bei Ergänzungsarbeiten zu bereits erteilten Aufträgen eindeutige Rationalisierungsgründe für die direkte Vergabung sprechen und schliesslich, wenn höhere Gewalt besondere Dringlichkeit gebietet (15).

§ 2 Abgrenzung der Submission von verwandten Rechtsinstituten; Rechtsfolgen der Submission

A. Im allgemeinen

Im folgenden soll der Begriff der Submission durch die Abgrenzung von verwandten Rechtsinstituten noch plastischer dargestellt werden. Dabei fällt auf, dass die Institute, denen

- 13 Z.B. Bundes-SO IV, SO/ZH 4, SO/Zh 2 Ziff. 3: Der Bund sieht die Vergabe ohne Wettbewerb bei Unterhaltsarbeiten und Reparaturen vor, bei denen der voraussichtliche Auftrag 50'000 Franken an das engere Baugewerbe (Hoch- und Tiefbau) und 10'000 Franken an die übrigen Branchen des Baugewerbes nicht überschreitet. Der Kanton Zürich vergibt in der Regel freihändig, wenn die entsprechenden Arbeiten und Lieferungen einen "verhältnismässig geringen Wert" erreichen. Die Stadt Zürich, wenn der Wert der Arbeiten und Lieferungen nicht mehr als 20'000 Franken beträgt.
- 14 Bundes-SO 2 IV.
- 15 In den SOen der Kantone und Gemeinden werden ähnliche Kriterien angegeben.

die Submission gegenübergestellt werden kann, durchwegs dem Privatrecht entstammen. Die Frage, ob und inwiefern die einzelnen Verfahrensabschnitte der Submission dem öffentlichen oder dem privaten Recht unterstehen, soll damit nicht präjudiziert werden. Sie wird an anderer Stelle zu beantworten sein (16); indessen kann man wohl nicht daran zweifeln, dass das Institut der Submission, seiner Natur nach, ein Begriff des Privatrechtes ist.

B. Abgrenzung von der Auslobung

Der Begriff der Auslobung wird in OR 8 genannt aber nicht definiert. Schönenberger/Jäggi (17) halten fest: "Auslobung ist ein Versprechen zu Gunsten unbestimmter Personen, durch das sich der Versprechende für den Fall einer bestimmten Leistung eines anderen zu einer eigenen Leistung verpflichtet."

Becker (18) weist den Richter an, die Belohnung in dem Falle, in dem die Leistung von mehreren Bewerbern angeboten wird und die Auslobung nichts darüber bestimmt, wem sie unter dieser Voraussetzung zukommt, wie folgt vorzugehen: Erfolgen die Leistungen nacheinander, so sei die Belohnung wohl im Zweifel dem Erstleistenden zuzuschlagen. Würden die Leistungen dagegen gleichzeitig vorgenommen, so seien alle gleichberechtigt - sie müssten die Belohnung teilen. Bei Unteilbarkeit der Belohnung sei nach ZGB 1 vorzugehen. M.E. verlangen indessen Treu und Glauben, dass jeder Erfolgreiche Anspruch auf die *ungeteilte* Belohnung hat, wenn diese nach der Auslobung nicht nur einmal geschuldet ist und es sich auch sonst nicht ergibt, wem sie,

16 Vgl. unten 90 ff.

17 Schönenberger/Jäggi, N 15 zu OR 8.

18 Becker, N 10 zu OR 8.

bei mehreren erbrachten Leistungen, zu erteilen ist (19). Die Lösung von Becker erscheint nur dann angemessen, wenn die Auslegung ergibt, dass die Belohnung nur einmal geschuldet ist.

Anders die *Submission*: Sie enthält keinerlei Versprechen, sondern nur die Einladung zur Offertstellung (20). Der Ausschreibende ist also, vorbehältlich gegenteiliger öffentlich-rechtlicher Grundsätze (21), nicht verpflichtet, einen Vertrag mit einem bestimmten Offertsteller abzuschliessen (z.B. mit dem Billigsten (22)); ebensowenig verpflichtet er sich, überhaupt einen Vertrag über das ausgeschriebene Objekt abzuschliessen. Vorbehalten bleibt lediglich die gegen Treu und Glauben verstossende Einleitung einer Submission, die Schadenersatzansprüche aus culpa in contrahendo zur Folge haben kann (23). Als wesentliches Unterscheidungsmerkmal kann hier der Umstand festgehalten werden, dass der Auslobende im Moment der Auskündigung bereits eine Verpflichtung, wenn auch eine bedingte, eingeht, während sich der Urheber eines Submissionsverfahrens vorbehältlich der Haftung aus culpa in contrahendo und allfälligen öffentlich-rechtlichen Pflichten, im Zeitpunkt der Ausschreibung noch in keiner Weise rechtlich bindet. Nach der Verkehrs-sitte ist er auch nicht verpflichtet, eine Entschädigung für die

-
- 19 Diese Meinung glaube ich, wenn auch unklar, auch aus dem Skriptum von Gauch/Schluemp/Jäggi, NN 614/619/620, erkennen zu können; ebenso Oser/Schönenberger, N 26 ff. zu OR 8, die aber noch weiter differenzieren.
 - 20 Schönenberger/Jäggi, N 29 zu OR 8; sog. invitatio ad offerendum.
 - 21 Vgl. unten 91 ff.
 - 22 Gauch/Schluemp/Jäggi, N 629: Es wird hier auf die (selbstverständliche) Ausnahme hingewiesen, dass eine Kontrahierungspflicht bestehe, wenn eine solche in der Auskündigung, unter bestimmten Voraussetzungen, ausdrücklich versprochen wurde.
 - 23 Schönenberger/Jäggi, N 29 zu OR 8; Gauch/Schluemp/Jäggi, N 628.

eingehenden und nicht berücksichtigten Angebote zu leisten.

C. Abgrenzung vom Antrag

Der Unterschied besteht wiederum in der rechtlichen *Verbindlichkeit* des Vorgehens. Während ein Antrag die verbindliche Äusserung des Geschäftswillens ist, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen (24), kann die Einleitung des Submissionsverfahrens durch die Ausschreibung bloss als eine *invitatio ad offerendum* qualifiziert werden. OR 7 II ist analog auf die Submission anzuwenden, ist doch die dort genannte Versendung von Tarifen, Preislisten und dgl. nur als Anwendungsfall dieser juristischen Konstruktion zu betrachten (25).

D. Abgrenzung von der Versteigerung bzw. der Lizitation

Die früher angewandte Lizitation (26) war eine Versteigerung des Auftrages. I.S. von OR 229 II wurde der Auftrag dem billigsten Unternehmer zugeschlagen. Dabei war das Angebot des Unternehmers rechtlich als Antrag und der Zuschlag des Bauherrn als Akzept zu qualifizieren. Die Submission unterscheidet sich demgegenüber in zweierlei Hinsicht: Erstens ist hier das *Verfahren schriftlich*. Zweitens besitzt der Versteigerer im Vergleich zum Ausschreibenden in der Regel einen wesentlich geringeren *Ermessensspielraum*. Während nämlich der Arbeitszuschlag bei der Lizitation an den preislich Niedrigsten zu erfolgen hatte, ist der Ausschreibende, vorbehältlich besonderer Auskündigungen und allfälligen Vorschriften des öffentlichen Rechtes (27), in der Auftragsvergabe völlig frei.

24 Gauch/Schluep/Jäggi, N 211; von Tuhr/Peter, 182 II.

25 Von Tuhr/Peter, 183.

26 Vgl. dazu A. Schneider, Die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen durch den Staat, 1 ff., insbesondere 7.

27 Vgl. unten 91 ff.

Da bei der Versteigerung nur eine Geldleistung geboten wird, sind die Angebote objektiv vergleichbar. Einzig die Zahlungsfähigkeit und der Zahlungswille sind subjektive Komponenten bei der Versteigerung. Letztere werden vom Gesetz insofern berücksichtigt, als dem Veräusserer, ohne besonderen Vorbehalt in den Versteigerungsbedingungen, ein Rücktrittsrecht gewährt wird, wenn der Preis nicht bar oder auf den vorgesehenen Termin bezahlt wird.

Das für die submissionsrechtliche Vergebung massgebliche "günstigste Angebot (28)" ist demgegenüber ein differenzierterer Begriff. Die Einbeziehung von nicht vollständig kalkulierbaren Tatbestandselementen (z.B. die Gewähr für termingerechte Arbeitsausführung) lässt zwangsläufig Ermessensspielräume entstehen; die objektive *Vergleichbarkeit* der Angebote wird dadurch geringer. Das Ausmass des Ermessensspielraumes der Vergabebehörde hängt alsdann von der konkreten Ausgestaltung dieses Begriffes ab.

E. Abgrenzung der "gewöhnlichen" Submission vom Submissionswettbewerb

Der Submissionswettbewerb ist ein Preisausschreiben i.S. von OR 8. Die Eidgenössische Justizabteilung (29) definiert den Submissionswettbewerb in Anlehnung an Schönenberger/Jäggi (30) wie folgt: "Le concours dit Submissionswettbewerb est une forme particulière de la promesse d'un prix dans laquelle la prestation que doit fournir le soumissionnaire est une offre, et le prix consiste en ce que le soumettant accepte cette offre et conclut un contrat d'entreprise." Diese Definition kann m.E.

28 Vgl. z.B. Bundes-SO 8 II; ebenso oben 38, unten 192 ff.

29 VPB 1976 Nr. 55, 24 lit. b.

30 N 31 zu OR 8.

durch die Nennung des *Zweckes* und der *Konsequenz* des Submissionswettbewerbes verdeutlicht werden: Der Zweck liegt darin, dem Veranstalter ausführungsreife Bauprojekte samt verbindlichem Angebot zuzuführen (31). Dadurch entfällt, als Konsequenz, das übliche Submissionsverfahren (32). Der Bauherr kann somit von optimalen Vergleichsmöglichkeiten profitieren. Die gewöhnliche Submission unterscheidet sich vom Submissionswettbewerb zunächst in der Belohnung: Während die Umtriebe des Bewerbers bei ersterer nach der Verkehrssitte nicht entschädigt werden (33), besteht für den Teilnehmer am Submissionswettbewerb ein Anspruch auf das ausgesetzte Entgelt. Die Tendenz, allen Teilnehmern am Submissionswettbewerb *ein eigentliches Honorar* auszubezahlen, kommt in den oft verwendeten SIA-Normen 152/153 zum Ausdruck. Die SIA-Norm 153 bestimmt z.B., dass jedem Teilnehmer mindestens 70 % des mittleren, in der Norm näher umschriebenen Ansatzes, als feste Entschädigung auszubezahlen sei (34).

Neben diesem faktischen aber wichtigen Unterschied bestehen auch gewichtige *rechtliche Unterschiede*. Während nämlich im Verhältnis vom Veranstalter zum Bewerber bereits während der Dauer des Wettbewerbes ein Vertragsverhältnis besteht und der Abschluss des Werkvertrages mit einem Bewerber nur die Verleihung des Preises darstellt, begründet die gewöhnliche Submission nur ein Vertragsverhandlungsverhältnis (35), das dann

31 SIA-Norm 153, Art. 26.4.

32 SIA-Norm 153, Art. 6.5., 3. Satz.

33 Der Bewerber erwirbt mit der Eingabe der korrekt ausgefüllten Submissionsunterlagen nur *eine Chance* auf Erteilung des Auftragszuschlages. Inwiefern diese "Chance" konkrete Ansprüche gewährt, wird unten 91 ff. erläutert.

34 Art. 26.1.4. SIA-Norm 153.

35 Vgl. unten 90 ff.

allenfalls zum Abschluss des angestrebten Werkvertrages führt. Beim Submissionswettbewerb wird in der Tat die Ausschreibung des Wettbewerbes als Antrag im Rechtssinne qualifiziert. Dieser bindet den Bauherrn und bezweckt den Abschluss eines Vertrages über die Durchführung des Wettbewerbes (36). Die Annahme dieses Antrages durch den Bewerber erfolgt alsdann, je nach Wettbewerbsprogramm, durch die faktische Beteiligung (z.B. durch Ein-sendung der Lösung an den Veranstalter: Realakzept) oder durch eine besondere Anmeldung. Der Inhalt dieses Vertrages bestimmt sich nach dem Wettbewerbsprogramm und allfälligen weiteren Do-kumenten, die zur lex contractus erhoben werden.

Die stärkere rechtliche Bindung der Parteien gegenüber der ge-wöhnlichen Submission rechtfertigt sich durch den bedeutend umfangreicheren Arbeitsaufwand der Wettbewerbsteilnehmer. Er-sichtlich wird dies daran, dass die gewöhnliche Submission, im Gegensatz zum Submissionswettbewerb, "ein hinreichend klares Projekt" (37) voraussetzt.

F. Exkurs: Opportunität der Anwendung der Submission auf die
Vergebung von Architekten- und Ingenieuraufträgen

Das Bundesgericht qualifiziert Ingenieur- und Architektenauf-träge als einfache Aufträge i.S. von OR 394 ff. (38). Diese werden, im Gegensatz zum Werkvertrag, nicht durch einen bestimm-ten Arbeitserfolg, sondern durch ein Tätigwerden in guten Treuen erfüllt. Verglichen mit dem Werkvertrag erfordert der einfache Auftrag demzufolge ein stärkeres Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien.

36 Art. 3.1. SIA-Norm 153; Schönenberger/Jäggi NN 22 ff. zu OR 8.

37 Art. 5.1. SIA-Norm 118.

38 BGE 98 II 305; ebenso SIA-Norm 153, Art. 5.2. letzter Satz.

Der SIA (39) hat sich gegen die Vergebung solcher Aufträge durch Submission ausgesprochen: Das erforderliche Vertrauensverhältnis ertrage nicht ein Vergabeverfahren, das im wesentlichen auf Preisvergleichen beruhe. Wörtlich schreibt der SIA: "L'attribution de mandats sur la seule ou principale base des prix ne peut se répercuter que défavorablement sur la qualité des prestations et leur étendue, sur la sécurité des constructions au détriment du commettant et, en fin de compte, le sérieux des travaux d'ingénieurs et d'architectes" (40). Es ist m.E. zwar nicht zu verkennen, dass beim einfachen Auftrag ein generell höheres Vertrauensverhältnis als beim Werkvertrag bestehen muss. Demgegenüber scheint mir die Behauptung, bei der Submission entscheide allein oder doch zur Hauptsache der Preis, eine unzulässige Vereinfachung zu sein; die SOen setzen das billigste keineswegs dem günstigsten Angebot gleich, sondern versuchen, letzteres aufgrund differenzierter Kriterien festzustellen (41).

An seiner Sitzung vom 11. Oktober 1978 hat der Staatsrat des Kantons Wallis beschlossen: "de soumettre aux dispositions générales du règlement du 26.10.77 concernant la mise en submission de travaux et de fournitures, l'attribution des mandats d'étude aux bureaux d'ingénieurs et d'architectes" (42).

39 Les mandats d'ingénieurs et d'architectes doivent-ils être attribués sur la base de soumission ? Article rédigé par le secrétariat général de la SIA après examen approfondi par le Comité central, à la suite de la parition de l'article "Zeitgemässe Interessenwahrung des Bauherrn" dans la Schweizerische Bauzeitung, Nr. 1/2, 1976, in Bulletin technique de la Suisse romande, 102^e année, Nr. 14, 8. Juli 1976.

40 Der in N 39 zitierte Aufsatz, 1.

41 Vgl. z.B. Art. 8 Bundes-SO.

42 Auszug aus dem Protokoll der Sitzungen des Staatsrates des Kantons Wallis vom 11. Oktober 1978.

Im Bunde hat die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates die Frage der Einbeziehung von Ingenieur- und Architekturaufträgen in das Submissionsverfahren ebenfalls geprüft (43). Obwohl die Kommission die Aufnahme wegen mangelnder objektiver Vergleichbarkeit der Leistungen ablehnte, empfand sie die Tatsache, dass sich bis anhin der Bund und die meisten Kantone die Freiheit genommen haben, selbst zu entscheiden, ob sie einen bestimmten Auftrag aufgrund der entsprechenden SIA-Norm (namentlich der SIA-Normen 152 und 153) vergeben wollten oder nicht, als unbefriedigend. Daher hatte die Direktion der Eidgenössischen Bauten (44) einen *Verordnungsentwurf* ausgearbeitet, der klare Vorschriften über das zu beobachtende Verfahren enthält. Der Entwurf trägt den Besonderheiten dieser Vergabearten Rechnung. Interessant ist, dass auch dieser Entwurf die Form des *öffentlichen Wettbewerbes*, mit der Möglichkeit der regionalen Begrenzung, für Aufgaben in Betracht zieht, welche "allgemeiner Natur" sind oder an deren ein "grösseres öffentliches Interesse" besteht (45).

Einen vermittelnden Vorschlag hat der kantonal-zürcherische Gewerbeverband (46) gemacht. Er befürwortet zwar die generelle Anwendung der einschlägigen SIA-Normen, doch will er den Entscheid über das Bau- und Raumprogramm sowie den zur Verfügung stehenden finanziellen Rahmen einem Beschluss des Kantonsrates unterstellen. Erst nach diesem kantonsrätlichen Vorentscheid sollte die Baudirektion das Wettbewerbsprogramm festlegen dürfen.

43 Bericht, 15 ff.

44 Heute: AFB.

45 Bericht, 18; der VO-Entwurf ist gegenwärtig (Oktober 1980) noch nicht in Kraft getreten.

46 Pressekonferenz des kantonal-zürcherischen Gewerbeverbandes vom 10. Januar 1968 über seinen Vorschlag zu einer neuen Submissionsordnung. Orientierung über die wesentlichsten Punkte des Vorschlages durch den Gewerbesekretär, Dr. Jakob Widmer, Meilen; Widmer 4.

Dieser Vorschlag, der im Hinblick auf die letzte Revision der kantonal-zürcherischen SO gemacht wurde, ist bekanntlich nicht realisiert worden. M.E. ist dies zu bedauern.

Als Fazit kann festgehalten werden, dass ein Gütevergleich, der allein oder doch zur Hauptsache auf den Preis abstellt, abzulehnen ist. Dennoch sind m.E. auch Architekten- und Ingenieuraufträge der öffentlichen Konkurrenz zu unterstellen, wenn der Ausbildung, der Vertrauenswürdigkeit, der Kreativität und dem Kostendenken in den Vergabekriterien genügend Rechnung getragen wird.

3. Kapitel: INHALT UND RECHTSNATUR DER VORSCHRIFTEN UEBER DAS STAATLICHE VERGABEWESEN

§ 1 Inhalt der Submissionsordnungen

Aufgabe dieses Abschnittes ist es, eine empirische Uebersicht des Inhaltes der SOen zu vermitteln. Dabei werde ich mich im wesentlichen von den diesbezüglichen Untersuchungen Leiggeners (1) und Michels (2) leiten lassen. Da die Arbeiten dieser Autoren neueren Datums sind (Leiggener: 1976; Michel: 1979) und umfassende empirische Erhebungen über den Inhalt der SOen enthalten, würde sich im jetzigen Zeitpunkt eine erneute Prüfung dieser Frage nicht rechtfertigen.

1. Geltungsbereiche

Die SOen enthalten i.d.R. Bestimmungen über ihren örtlichen *Geltungsbereich*. So ist z.B. die zürcherische SO nach § 1 auf die Vergabe von Arbeiten und Lieferungen für den "Staat" anwendbar. Mit dem Begriff "Staat" ist der Kanton Zürich gemeint. Die zürcherische SO ist nach ihrem Wortlaut also nicht auf die kommunalen Arbeitsvergebungen anwendbar: Die zürcherischen Gemeinden können ihre Vergebungen grundsätzlich nach

1 Leiggener, 61 ff.

2 Michel, 18 ff.

ihren eigenen Regelungen vornehmen (3).

In anderen Submissionserlassen wird etwa den Subventionsempfängern die Einhaltung gewisser Regeln vorgeschrieben - dies beispielsweise im Nationalstrassenbau zulasten der Kantone: Die Kantone vergeben zwar die Arbeiten und Lieferungen im Bereiche des Nationalstrassenbaues; sie sind dabei aber an Bundesrecht gebunden (4).

- 3 Das Gesetz über die Staatsbeiträge an die Gemeinden und den Finanzausgleich vom 2. September 1979 bestimmt in § 8: Die zuständige Direktion des Regierungsrates kürzt oder verweigert Staatsbeiträge an die Gemeinden, die (lit. b) bei der Erstellung einer Baute unangemessene Aufwendungen machen (...), (lit. d) an die Ausrichtung von Beiträgen geknüpfte Bedingungen nicht erfüllen. Zudem bestimmt EG/ZH zum Eidgenössischen Gewässerschutzgesetz vom 8. Dezember 1974 in § 48: An ihre Ausrichtung (Staatsbeiträge) können Bedingungen und Auflagen geknüpft werden, die im öffentlichen Interesse liegen. Gestützt auf diese Bestimmungen hat das Amt für Gewässerschutz und Wasserbau von der kantonalen Baudirektion "allgemeine Bedingungen für die Zusi- cherung von Staatsbeiträgen an Abwasseranlagen gemäss Ein- führungsgesetz zum Eidgenössischen Gewässerschutzgesetz " vom 5. April 1976 erlassen (unveröffentlicht). Darin wird den Gemeinden u.a. vorgeschrieben, (Ziff. 1) die Bauarbeiten unter sinngemässer Anwendung der kantonalen SO und der zugehörigen Richtlinien der Baudirektion zu vergeben, (Ziff. 2) dem Amt für Gewässerschutz und Wasserbau die Submissionsakten vor Antrags- stellung an den Gemeinderat vorzulegen und sogar die Zu- stimmung (!) des Amtes bei der Vergabung von Arbeiten und Lieferungen einzuholen. M.E. erfordert das öffentliche Interesse aus der Sicht der kantonalen Behörden nur, dass die Staatsbeiträge möglichst sparsam und zur Erreichung eines, i.S. der Rechtsgrundlage des Staatsbeitrages, opti- malen Ergebnisses eingesetzt werden. Weitere Einschränkungen des kommunalen Freiheitsraumes erscheinen mir dagegen auf- grund der gewegärtigen (!) Zürcher Regelung unzulässig. Diese Ueberlegungen ändern indessen nichts an meiner Auf- fassung, dass der Geltungsbereich der SOen sich grundsätzlich auf alle öffentlichen Vergabeorgane eines Kantons (inkl. Gemeinden) erstrecken müsste (vgl. dazu unten 88 f.).

- 4 NSG 41; VNSG 27 ff.

Anzufügen ist noch, dass Regiebetriebe den allgemeinen SOen unterstehen, sofern keine besonderen Normen etwas anderes bestimmen.

Zum *sachlichen Geltungsbereich* ist zu bemerken, dass keine SO blosser Dienstleistungen (5) miteinbezieht. Nicht zu solchen Dienstleistungen sind indessen die Architekten- und Ingenieur-aufträge zu rechnen (6). Der *zeitliche Geltungsbereich* richtet sich nach den üblichen Grundsätzen der Inkraftsetzung rechtsetzender Erlasse (7).

2. Anwendung von Normen privater Organisationen

Die SOen verweisen häufig auf solche Normen. Z.B. SO/ZH 5 Ziff. 3: "Als Submissionsgrundlagen gelten die Norm 118 des SIA, allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, die Normen für die Ausführung von Bauarbeiten, Norm 117 des SIA, Leitsätze betreffend das Submissionsverfahren bei Hoch- und Tiefbauten, die Bedingungen und Messvorschriften des SIA der entsprechenden Berufsarten." Ähnliche Bestimmungen sehen z.B. die Submissionsordnungen des Bundes (Bundes-SO 4 V), des Kantons Freiburg (FR 23) und der Stadt Bern (Be 8) vor.

3. Art der Vergabung

Wann freihändige Vergabung, wann die beschränkte und wann die allgemeine Submission anzuordnen ist, bestimmen die SOen in detaillierten Katalogen. Die Dringlichkeit der Arbeitsvergebung und die summenmässige Bedeutung des Projektes spielen dabei eine wichtige Rolle (8). Die wichtigeren Vorhaben werden

5 Eine Ausnahme bildet hier die Bundeseinkaufsverordnung, Art. 2.

6 Vgl. dazu oben 56 ff.

7 Inkrafttreten mit der Publikation in den Amtsblättern oder mit Ablauf der Referendumsfrist.

8 Zu den einzelnen Vergabearten, vgl. oben 48 ff.

aufgrund von allgemeinen Submissionen vergeben.

4. Die Ausschreibung des Auftrages

Mit der Ausschreibung soll das Projekt möglichst vielen potentiellen Bewerbern bekanntgemacht werden. Damit erhofft sich der Bauherr eine optimale Ausnützung des freien Wettbewerbes. Die SOen schreiben im allgemeinen den Inhalt der Veröffentlichung, die zu beachtenden Fristen und das Organ vor, indem die Submission veröffentlicht werden soll. Vielfach auch den Inhalt der Wettbewerbsunterlagen (9).

5. Zulassungsbedingungen

Je nach der betreffenden Konjunkturlage werden die Zulassungsbedingungen naturgemäss verschieden gehandhabt. Zudem figurieren die angewandten Kriterien nicht immer unter den Zulassungs-, sondern bisweilen auch unter den Zuschlagsbedingungen. Dieser Unterschied hat jedoch keine praktische Bedeutung. Bevorzugungskriterien sind etwa die Ortsansässigkeit (10), (dieses Kriterium wird z.T. erst nach einer gewissen Frist als erfüllt betrachtet: FR 5: 2 Jahre; GE 2: 5 Jahre), die Eintragung in Handels- und Berufsregistern, die Innehabung der nötigen technischen und finanziellen Mittel durch den Unternehmer (insbesondere die Kreditwürdigkeit), die Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen und der Gesamtarbeitsverträge (11), die regelmässige Bezahlung der Steuern (12). Extrem ist die Bestimmung der Stadt Genf, die einen Unternehmer

9 Z.B. 3, 4 Bundes-SO, SO/BE 6, SO/Zh 6.

10 Vgl. oben 16 ff.

11 Vgl. oben 26 ff.

12 SO/Ge 4.

ohne Grundangabe von der Submission ausschliessen kann (13).

6. Varianten (14)

Einige SOen erwähnen die Unternehmervarianten ausdrücklich (Bundes-SO 5 VI/VIII), andere nicht (z.B. SO/ZH). M.E. ist die Eingabe von Varianten dort, wo sie in der SO nicht genannt werden, zulässig. Dem Eingeberecht steht natürlich eine entsprechende *Prüfungspflicht der Behörden* gegenüber. Dabei verlangt der Urberschutz, dass diese Varianten den Mitbewerbern nicht ohne Zustimmung des Einreichenden bekannt gegeben werden.

7. Offertöffnung

Es finden sich keine sehr eingehenden Bestimmungen über das Verfahren bei der Offertöffnung in den SOen. Angeführt wird im allgemeinen nur eine mehr oder weniger weitgehende (Partei-) Oeffentlichkeit (ZH 12 II: "öffentlich"; VS 9: "Nur die Submittenten bzw. ihre Stellvertreter und die Vertreter des zuständigen Berufsverbandes") und die Führung des Protokolles (ZH: 12 III) (15).

13 SO/Ge 13 III.

- 14 Unter dem Begriff der (Unternehmer-)Variante versteht die Praxis die Vorschläge über die verschiedenen Alternativen der Projektgestaltung und Bauausführung, die der Unternehmer seinen Offertberechnungen zuhanden des Bauherrn beifügt.
- 15 Unterschiede bestehen alsdann auch in der Zugänglichkeit des Protokolls: z.B. SO/ZH 12 III: "(...); es wird binnen fünf Tagen seit der Eröffnung aufgelegt und kann hernach von jedem Bewerber während zwanzig Tagen eingesehen werden"; demgegenüber SO/GE 9: "Les intéressés", also grundsätzlich jedermann. Vgl. über die Bemühungen zur Verbesserung der Transparenz im Submissionswesen, unten 214 N 212.

8. Ausschluss von eingereichten Offerten

Abgesehen von den allgemeinen Zulassungsbedingungen (oben 63) ist hier vor allem die Ausschaltung der *Unterangebote* (16) und der *durchwegs preisgleichen Offerten* (17) von Bedeutung.

9. Zulässigkeit von Verhandlungen

Relevant sind in diesem Zusammenhang insbesondere die *Abgebotsrunden* (18). Diese sind grundsätzlich abzulehnen.

10. Zuschlagkriterien

Zu unterscheiden sind grundsätzlich zwei Ausgestaltungsarten. Einerseits die mehr oder weniger protektionistischen Ordnungen und andererseits diejenigen Regelungen, die den freien Wettbewerb in den Vordergrund stellen. Als Beispiel für die erste Gruppe können die meisten SOen von Kantonen und Gemeinden herangezogen werden, letzteres gilt für die Bundes-SO (19). Die Aufstellung bei Michel (20) erscheint diesbezüglich missverständlich: Die NN 12.56 und 12.57 vermitteln den unrichtigen Eindruck, als würde die Vergabe ausschliesslich nach der

16 Vgl. oben 38 ff.

17 Z.B. ZH; Ergänzende Richtlinien: Hier wird für den allgemeinen Wettbewerb bestimmt, dass, sofern preislich (ausschliesslich) gleiche Offerten eingereicht werden, nach Rücksprache mit der Baudirektion, der Wettbewerb in der Regel als unbefriedigend i.S. von § 4 der SO zu gelten habe und alsdann ein beschränkter Wettbewerb unter anderen Bewerbern durchzuführen sei. Eine Ausnahme wird nach Ziff. III nur dann gemacht, wenn Gründe objektiver Natur zur Eingabe gleicher Offerten führten.

18 Vgl. oben 44.

19 Vgl. oben 12 f.

20 Michel, 38/39.

Methode der Primär- und Sekundärkriterien erfolgen (21).

11. Vertrag

Die meisten SOen enthalten Formvorschriften. Erforderlich ist danach die einfache Schriftlichkeit (Bundes-SO 9; BE 24; ZH 15; Zh 20; Ge 17). Das *Zustandekommen des Bauvertrages* richtet sich nach den Regeln des Privatrechtes (22). Die SOen beschreiben mehr oder weniger summarisch den Inhalt des Vertrages:

"Au nombre des objets les plus frequemment cités, on trouve la désignation de la prestation, son prix, le rappel des dispositions légales auxquelles le contrat est soumis, les délais d'exécution et de paiement, des documents qui font partie intégrante du contrat, les effets d'un retard dans les livraisons ou d'une exécution défectueuse, les sûretés et garanties, les peines conventionnelles, les réceptions provisoires et définitives, la validité des réglementations des associations professionnelles et le for" (23).

12. Arbeitnehmerschutz (24)

Einige SOen gehen hier noch über die Durchsetzung gesamtarbeitsvertraglicher- und ortsüblicher Arbeitsbedingungen hinaus und verlangen bei der Einstellung von Arbeitskräften beispielsweise die Bevorzugung der Einheimischen (25).

21 Vgl. dazu oben 12.

22 Die Frage des Zustandekommens des Bauvertrages und die Betrachtung der Rechtsnatur der staatlichen Willensäusserung mit einem bestimmten Bewerber einen Vertrag schliessen zu wollen sind auseinanderzuhalten: Letztere stellt eine Verfügung im Rechtssinne dar (unten 150 ff.); zur Rechtsnatur des Bauvertrages unten 244 ff.

23 Michel, 49, N 12.77.

24 Vgl. oben 26 ff.

25 Ge 20.

13. Rechtsmittel im Zusammenhang mit dem Arbeitszuschlag

Die meisten SOen enthalten hierüber keine Bestimmungen. Im allgemeinen ist alsdann nur der Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde zulässig (26). Aber auch in denjenigen Fällen, in denen von Beschwerdemöglichkeiten die Rede ist, wird meist nur die Aufsichtsbeschwerde gemeint (27). Sui generis Beschwerden werden alsdann in einer Reihe weiterer Regelungen vorgesehen (28). Ein eigentliches (formelles) Beschwerderecht kennt die SO des Kantons Schwyz (29); die submissionsrechtlichen Entscheide können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht weitergezogen werden (SO/SZ 22). Um das Verfahren so kurz als möglich zu halten, wurde die Beschwerdefrist auf 5 Tage beschränkt (SO/SZ 22 III). Eigentliche (formelle) Rechtsmittel sind dagegen in verschiedenen SOen gegen

26 Vgl. dazu unten 183 ff. und 207 f.

27 Z.B. BE 26. Die Einhaltung der SO ist von derjenigen kantonalen *Verwaltungsabteilung* oder Direktion zu beaufsichtigen, welche über die Vergebung bzw. Subventionierung beschlossen hat oder darüber dem Regierungsrat Antrag gestellt hat (§ 26). Die geschäftsführende Direktion entscheidet über Submissionsstreitigkeiten (26 II) und ist befugt, Bewerbern und Subventionsempfängern, welche den Bestimmungen der Verordnung oder der gestützt darauf vereinbarten Verträge zuwiderhandeln, mit den in § 27 vorgesehenen Sanktionen zu belegen.

28 Vgl. unten 189 f.

29 Die Schwyzer SO und die dazugehörige Rechtsprechung sind m.E. vorbildlich (vgl. auch unten 192 ff.).

die submissionsrechtlichen Sanktionen vorgesehen. Diese bernischen Sanktionen bestehen gegenüber der fehlbaren Firma im entschädigungslosen Entzug des Arbeits- oder Lieferungsauftrages und/oder im Ausschluss von künftigen Bewerbungen mit Wirkung für die gesamte Staatsverwaltung, gegenüber dem Subventionsempfänger im teilweisen oder vollständigen Entzug des zugesicherten Staatsbeitrages. Derartige Massnahmen wirken sich für den Betroffenen naturgemäss sehr empfindlich aus. Sie setzen daher seine Anhörung voraus und sind schriftlich zu begründen. Die in Anwendung der SO/BE 26/27 von den Direktionen erlassenen *Verfügungen* unterliegen der Beschwerde an den Regierungsrat nach den Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, die Regierungsratsentscheide gegebenenfalls der Weiterziehung an das Verwaltungsgericht (30).

14. Submissionsrechtliche Sanktionen

Solche Sanktionen werden in einigen SOen vorgesehen. Dabei sind namentlich zwei Ausgestaltungsarten anzutreffen: Sanktionen, die ex lege Geltung beanspruchen (z.B. BE 27, Be 29), und solche, die als lex contractus in den Bauvertrag aufgenommen werden müssen (31) (32). Inhaltlich sehen submissionsrechtliche Sanktionen etwa wie folgt aus: "Aus schwerwiegenden Gründen kann der Stadtrat nach Durchführung einer Untersuchung einem Bewerber für die Dauer bis zu fünf Jahren von sämtlichen städtischen Aufträgen und Lieferungen ausschliessen" (SO/Zh 14). Ähnlich: FR 22 III, Lausanne CCh. 12 (33).

30 BE 27.

31 Z.B. Be 27^{2b}, GE 26, Zh 20 lit. e.

32 Zh 20 lit. e nennt Konventionalstrafen und Prämien.

33 Zur Zulässigkeit solcher Sanktionsnormen, vgl. unten 154.

§ 2 Rechtsnatur der Submissionsordnungen

A. Arten von Submissionserlassen

Die verschiedenen staatlichen Organe, welche SOen erlassen haben, haben diesen nicht immer das gleiche formalrechtliche Kleid gegeben.

So gibt es eigentliche Submissionsgesetze, d.h. Vergabenormen, deren Erlass in die Zuständigkeit der gesetzgebenden Behörden fällt und die dem Gesetzgebungsverfahren unterliegen (34).

In dieser Kategorie finden sich aber auch Besonderheiten. So kennt der Kanton Luzern neben dem (formellen) Submissionsgesetz noch eine Vollziehungsverordnung (35).

Daneben kommen auch von der Legislative erlassene (Submissions-) Verordnungen vor (36) (37). Auf der anderen Seite haben auch Exekutivbehörden Submissionsordnungen erlassen (38). Der Formenreichtum wird auch noch durch besondere submissions-

34 BGE 98 Ia 642; z.B. die SO/TI.

35 Submissionsgesetz vom 10. April 1973 und VVO zum Submissionsgesetz vom 9. Juli 1973.

36 Sog. Parlamentsdekrete; vgl. dazu Imboden/Rhinow Nr. 59, S. 352/353.

37 Vgl. dazu die Submissionsverordnung der Stadt Zürich, die aufgrund eines Gemeinderatsbeschlusses vom 19. Dezember 1973 erlassen wurde.

38 Z.B. die vom Bundesrat erlassene Verordnung über die Ausschreibung und Vergabe von Arbeiten und Lieferungen bei Hoch- und Tiefbauten des Bundes vom 31. März 1971; die vom Zürcher Regierungsrat erlassene VO über die Vergabe von Arbeiten und Lieferungen für den Staat vom 19. Dezember 1968.

rechtliche Handhabungsvorschriften ergänzt (39).

Schliesslich haben einzelne Gemeinwesen Zusatznormen zu Regelungen privatrechtlicher Organisationen erlassen (40).

Die bloss äusserliche Unterscheidung der verschiedenen Formen von Submissionserlassen lässt aber keinen sicheren Schluss auf die Rechtsnatur der zu untersuchenden Norm zu. Formalrechtliche Kriterien (41), insbesondere die äussere Form eines Erlasses (42), stellen bloss Indizien für die Abgrenzung von Rechtssatz und Dienstanweisung dar, nicht mehr.

39 Z.B. ZH, Ergänzende Richtlinien.

40 Im Kanton Zürich haben z.B. das Hochbauamt (seit dem 1. Januar 1978) und die Stadt Zürich (Stadtratsbeschluss vom 29.03.78) Ergänzungen zur Norm SIA 118 erlassen.

41 Vgl. dazu auch Leiggener, 100 - 102; als Beispiele können etwa folgende genannt werden: die durch den Schöpfer des Erlasses ausdrücklich angeführte Bemerkung, der Erlass stelle bloss eine interne Weisung dar; die Publikation des Erlasses.

42 Leiggener, 99 N 145 und - dort zitiert - Fritz Fleiner, 65.

B. Rechtliche Qualifikation im einzelnen

I Im allgemeinen

In Frage kommt grundsätzlich die Qualifikation als *Rechtssatz*, als *Verwaltungsverordnung* oder als eine, den *allgemeinen Geschäftsbedingungen des Privatrechtes* analoge Rechtserscheinung. Leiggener (43) glaubt, dass die Frage der rechtlichen Einordnung der SOen in dem hier verstandenen Sinne, diejenige nach der privat- oder öffentlich-rechtlichen Regelung des staatlichen Vergabewesens präjudiziere. Wörtlich schreibt er (44): "Kann somit die Behauptung, die von uns untersuchten Submissionsvorschriften seien keine Rechtssätze, widerlegt werden, ist damit auch die These von der privatrechtlichen Ordnung der Vergebung und vom privatrechtlichen Hilfsgeschäft erschüttert."

So apodiktisch, wie die öffentlich- oder privatrechtliche Natur des Vergabewesens hier begründet wird, meint es aber offensichtlich auch Leiggener nicht; seine Dissertation beschäftigt sich nämlich an anderer Stelle (45) nochmals ausführlich mit dieser Frage. Tatsächlich kann man der von Leiggener angestellten Ueberlegung in dieser Form kaum folgen. Die Bestimmung der Rechtsnatur einer Norm erfordert deren Auslegung (46). Dabei hält sich die Praxis vor allem an die Interessentheorie (47). Auf diese Weise kann es vorkommen, dass innerhalb einer bestimmten Kodifikation die eine Norm dem Privatrecht, die andere dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist. Schliesslich kann die Auslegung einer Norm auch ergeben, dass

43 Leiggener, 87.

44 Leiggener, 87.

45 Leiggener, 116 ff.

46 BGE 96 I 97 ff.

47 Imboden/Rhinow Nr. 3/B/II, 16.

sie eine gemischte (d.h. zugleich privat- und öffentlich-rechtliche) Natur aufweist (48).

Eine solche Verschiedenartigkeit ist z.B. für einzelne Normen des ZGB anerkannt (49). Die Rechtsnatur ist für jede Gesetzesbestimmung gesondert zu prüfen. Daraus folgt, dass es sich auf jeden Fall rechtfertigt, die Frage der öffentlich- oder privatrechtlichen Natur der einzelnen Submissionsbestimmungen jeweils bei den verschiedenen Verfahrensabschnitten getrennt zu behandeln; zunächst ist aber auf die Prüfung der Rechtsatzqualität im eingangs erwähnten Sinne einzutreten.

II Die Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid vom 14. Juli 1977 (50) an seiner ständigen Rechtsprechung festgehalten, wonach Submissionsvorschriften zum Teil Vertragsbestimmungen seien, die mit den *allgemeinen Geschäftsbedingungen des Privatrechtes* verglichen werden könnten. Im übrigen handle es sich um *interne Weisungen* an die vergebenden Behörden über die Ausübung der ihnen eingeräumten Privatautonomie. Es handle sich also nicht um öffentlich-rechtliche Bestimmungen mit Rechtsatzcharakter. Die internen Weisungen an die vergebende Behörde seien als Verwaltungsverordnungen zu qualifizieren; aus solchen Bestimmungen könne der Bürger keine subjektiven Rechte ableiten - insbesondere keinen Anspruch auf den Arbeitszuschlag.

Die Eidgenössische Justizabteilung ist gleicher Meinung (51). Obwohl sich der in N 51 zitierte Entscheid nur auf die Bundes-SO

48 Imboden/Rhinow Nr. 3/B/I, 16.

49 Vgl. z.B. BGE 96 I 97 ff., 90 I 210 ff.

50 BGE 103 Ib 156 ff. = Pra 1977, 419 ff.

51 VPB 40/1976 Nr. 55.

vom 31. März 1971 bezieht, sind die von der Justizabteilung zur rechtssatzmässigen Qualifizierung angestellten Ueberlegungen genereller Natur. Die Bundes-SO ist nach Meinung der Justizabteilung eine Verwaltungsverordnung, weil sie in der systematischen Sammlung des Bundesrechts im Kapitel über die Weisungen an die Verwaltung (SR 172.05) figuriere und weil sie sich vor allem an die Beamten richte, indem sie ihnen zeige, wie und in welchen Fällen sie zu einer Arbeitsausschreibung zu schreiten hätten und wie das Resultat zu würdigen sei (52). Die Justizabteilung verkennt aber nicht, dass diese als Dienstanweisung qualifizierten Normen auch *Aussenwirkungen* zeitigen: "En effet, une règle qui s'adresse de prime abord aux agents administratifs, et qui a donc un effet interne, peut être doublée d'un effet externe sur les droits des particuliers concernés, lorsqu'on doit admettre qu'elle a été édictée en faveur des administrés" (53). Submissionsbestimmungen, die eine solche Aussenwirkung zeitigen, werden nach Auffassung der Justizabteilung indessen nicht zu Rechtssätzen: "Le soumissionnaire ne s'y plie pas en vertu du pouvoir de puissance publique de l'administration, mais en vertu d'un engagement libre et volontaire" (54). Aufgrund dieser, am Vertragsdenken angelehnten Ueberlegung, kommt die Justizabteilung schliesslich zum Schluss, dass Submissionsbestimmungen mit Aussenwirkungen analog den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Privatrechtes zu qualifizieren seien.

In einigen kantonalen Entscheiden wird die Frage der Rechtsatzqualität der SOen nicht ausdrücklich aufgeworfen.

52 Meine sinngemässe Uebersetzung des französischen Originaltextes.

53 VPB 1976 Nr. 55, 21.

54 VPB 1976 Nr. 55, 21/22.

Ohne besondere Begründung geht der *Zürcher Regierungsrat* davon aus, dass es sich bei der zürcherischen SO um eine Verwaltungsverordnung handle (55).

In einem Entscheid aus dem *Kanton Aargau* (56) musste die Frage deshalb nicht besonders geprüft werden, weil die aargauische VO über die Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen vom 16. Juli 1940 eine positivrechtlich geregelte Beschwerde kennt.

In einem Entscheid aus dem *Kanton Obwalden* (57) wurde die Rechtsatznatur der SOen geprüft. Das Obwaldner Verwaltungsgericht hält das Kriterium des unmittelbaren Adressaten für die Qualifizierung einer Norm als Rechtssatz oder Dienstanweisung dann als formalistisch, wenn sich die fraglichen Bestimmungen zwar zunächst an die Beamten richten, in ihrer *faktischen Auswirkung* aber auch für die Bewerber Bedeutung haben (58).

Diejenigen Submissionsbestimmungen, die sich direkt an die Bewerber wenden (z.B. Vorschriften über das Erstellen der Offer-ten), qualifiziert das Verwaltungsgericht analog den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Privatrechts: Ein Unterschied liege indessen darin, dass den Parteien die Dispositionsbefugnis bei den SOen, im Gegensatz zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen, nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich entzogen sei.

Neben diesen Bestimmungen, enthielten die SOen eine Reihe von Bestimmungen, die das Verfahren regelten. Abgesehen von der äusseren Form der SOen, lasse sich überhaupt keine überzeugende

55 SJZ 74, 1978, 78.

56 ZBl. 77, (1976) 500 ff.

57 ZBl. 79, (1978) 270 ff.

58 ZBl. 79, (1978) 271 E. 2 und die dort zitierte Stelle aus Aubert, Nr. 1520, Ziff. 2.

Erklärung dafür finden, weshalb diese öffentlich-rechtlichen Verfahrensvorschriften nicht als *Rechtssätze* aufzufassen seien (59).

III Die Literatur

Manche Autoren, die sich mit der Vergabe öffentlicher Arbeiten beschäftigt haben, gehen auf die Frage der Rechtssatznatur der Submissionsbestimmungen nicht ausdrücklich ein; sie argumentieren vielfach eher rechtspolitisch.

So wird oft die Wünschbarkeit eines verbindlich geordneten und in diesem Sinne auch durchsetzbaren Verfahrens postuliert. Im Rahmen dieses Postulates wird namentlich darauf hingewiesen, dass sowohl das öffentliche Interesse wie auch dasjenige der Bewerber einen geeigneten Rechtsschutz gegen die willkürliche Verweigerung des Arbeitszuschlages erforderten. Zur praktischen Realisierung dieses Rechtsschutzpostulates wird alsdann der erforderliche "juristische Apparat" konstruiert. Dabei wird dem Öffentlich-rechtlichen Weg in der Regel der Vorzug gegeben. Dies, weil er für den Rechtssuchenden einfacher und billiger ist als das zivilprozessuale Verfahren: Dieser Vorteil wird als ein Äquivalent zur wirtschaftlichen Macht des Staates angesehen. Aufgrund dieser Ausgangslage gehen diese Autoren stillschweigend vom Rechtssatzcharakter der SOen aus: Nur Rechtssätze sind

59 ZBl. 79, (1978) 271 E. 3. Dazu werden Beispiele gegeben, die darlegen sollen, dass verschiedene Verfahrensvorschriften eindeutig im Interesse der Bewerber erlassen worden sind: Die Bestimmung über die Abgebotsfrist, die optimale Orientierung der Bewerber, die Behandlung der Angebote und den Verhandlungsspielraum, das Rückzugsrecht bei nachträglicher Teilung des Auftrages usw.

ja geeignet, Ansprüche Privater zu begründen (60).

Deutlicher verweist dagegen *Kölz* auf den Rechtssatzcharakter der SOen. Er ist der Ansicht, dass jene Submissionsbestimmungen, die sich auf die Wahl der Konkurrenten auswirken, nicht nur verwaltungsinterne Funktion haben, sondern rechtlich relevante Aussenwirkungen zeitigen. Aus diesem Grunde seien die entsprechenden Bestimmungen als Rechtssätze zu qualifizieren und darauf gestützte Akte als Verfügungen (61).

Leiggener behandelt die Frage der Rechtssatzqualität in seiner Dissertation sehr ausführlich (62); er prüft sie anhand von formellen und zahlreichen materiellen Gesichtspunkten.

Als formales Kriterium, das nur ein Indiz für den rechtlichen Charakter einer Vorschrift sein könne (63), erwähnt er die durch den Schöpfer des Erlasses ausdrücklich angegebene Klassifizierung, die vorliegende Regelung stelle (bloss) eine interne Weisung dar (64); die gleiche Bedeutung komme schliesslich der Publikation der Erlasse zu (65).

Bei den materiellen Kriterien stützt sich *Leiggener* im wesentlichen auf die Rechtssatzdefinition von GVG 5 II. Die Prüfung der einzelnen Tatbestandselemente führt er alsdann nicht sehr

60 Auf dieser Grundlage argumentieren Burckhardt, Rechtsprechung, 644; Marti, 43; Huber, Rechtsprechung 1963, 423; Saladin, Grundrechte im Wandel, 320 ff.

61 *Kölz*, VRG-Kommentar, N 48 zu § 19 VRG.

62 *Leiggener*, 88 - 116.

63 Er beruft sich zur Unterstützung seiner These auf Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 65; gl.M. Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden, ZBl. 79, (1978) 271 E. 2.

64 *Leiggener*, 100.

65 *Leiggener*, 102.

systematisch durch. Zunächst prüft er einige unter besonderem Titel (der allgemeine, abstrakte Inhalt (66), die Adressaten (67)), dann aber führt er GVG 5 II erneut als besonderes Abgrenzungskriterium auf (68), so dass man den (verwirrenden) Eindruck bekommen könnte, diese Elemente würden konkurrierend nebeneinander bestehen.

Schliesslich prüft er die Rechtssatzqualität der SOen unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung und des besonderen Gewaltverhältnisses (69); letzterer vermag zum hier relevanten Abgrenzungsproblem m.E. allerdings nichts beizutragen.

Mit dem Erlass von Regelungen, die ihrer Natur und ihrem Inhalt nach mehr sind als blosse organisatorische, verwaltungsinterne Vorschriften, verletzt die Exekutive nach Meinung Leiggeners das Gewaltenteilungsprinzip (70); damit bringe die Exekutive den Bürger auch um den ihm vom Rechtsstaat garantierten Rechtsschutz (71). Leiggener gelangt zum Schluss, dass die von der Legislative und von der Exekutive aufgrund einer abgetretenen Rechtssetzungskompetenz erlassenen SOen Rechtssätze sind. Dagegen sind seiner Ansicht nach die anderen, von der Exekutive erlassenen SOen, verfassungswidrig (72).

Truninger, der davon ausgeht, dass die "Vergebung" einen privat-

66 Leiggener, 104.

67 Leiggener, 105.

68 Leiggener, 111.

69 Leiggener, 108/109.

70 Dabei setzt er indessen voraus, dass der Exekutive auch keine delegierte Rechtssetzungskompetenz zusteht.

71 Leiggener, 110.

72 Leiggener, 113/114.

rechtlichen Vertrag darstellt, qualifiziert die SOen als Dienstanweisungen (73). Sie seien bestimmt, die Privatautonomie des Gemeinwesens zu beschränken. Diese Beschränkung sei zulässig, weil der Staat, wie jedes andere Privatrechtssubjekt, Bedingungen aufstellen könne, unter denen er seine Verträge abschliessen wolle - sie dürften nur nicht gegen zwingende Normen des Privatrechtes verstossen.

Gauch geht ebenfalls davon aus, dass Submissionsbestimmungen im Verhältnis vom Ausschreibenden zum Unternehmer nur kraft rechtsgeschäftlicher Uebernahme gelten. Submissionsbestimmungen seien nämlich, soweit sie den Abschluss und den Inhalt des Vertrages zwischen dem Staat und dem Bewerber betreffen, lediglich verwaltungsinterne Dienstanweisungen ohne Rechtssatzcharakter und würden aus sich heraus keine verwaltungsexterne Wirkung entfalten (74).

Schliesslich sei hier noch *Michel* (75) genannt, der die Rechtsnatur der SOen in Anlehnung an *Manfrini* (76) geprüft hat. Er stelle zunächst fest, dass die SOen nicht als Ganzes, sondern jede einzelne Bestimmung für sich rechtlich qualifiziert werden müsse. Die solchermassen durchgeführte Untersuchung ergibt,

73 *Truninger*, 42.

74 *P. Gauch*, Der Unternehmer im Werkvertrag, NN 296 und 308, ebenso die dort zitierte Rechtsprechung und Literatur: BGE 60 I 370; 46 II 373; ZR 20 (1921), 40 ff.; Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 60; Schwarzenbach, Bauherr und Bauunternehmer im öffentlichen Tiefbau, 363; Müller, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechtes, 77. Bei Müller ist *Gauch* allerdings ein Zitierfehler unterlaufen: Müller vertritt nämlich nicht die herrschende Meinung, sondern lässt die Frage offen; vgl. dazu auch Kölz, VRG-Kommentar zu § 19 VRG, N 47.

75 *Michel*, 64 ff.

76 *Manfrini*, 55 ff.

dass manche Bestimmungen Aussenwirkungen zeitigen, d.h. sich an ausserhalb der Verwaltung stehende Personen richten. Er verwirft sodann die These, wonach diese Bestimmungen nur durch rechtsgeschäftliche Uebernahme Vertragsinhalt würden und daher analog zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Privatrechtes zu qualifizieren seien. Diese Betrachtungsweise berücksichtige nämlich die Interessen des abgewiesenen Bewerbers nicht. Zudem könnten die Parteien keinen anderen Vertragsinhalt vereinbaren.

Er gelangt schliesslich zur Auffassung, dass die SOen verschiedener rechtlicher Natur sein können: Rechtssätze, Verwaltungsverordnungen oder Allgemeinverfügungen (77).

IV Eigene Meinung

Es kann nicht bestritten werden, dass SOen Bestimmungen enthalten, welche sich nicht (oder welche sich nicht nur) an die Vergebungsorgane richten, sondern (auch) *die Bewerber berühren*. Welche Normen der SOen weisen nun Aussenwirkungen auf? Das Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden hat in einem neueren Entscheid (78) einen Katalog solcher Submissionsbestimmungen zusammengestellt. Es sind dies: die Bestimmungen über die Angebotsfrist (Bundes-SO 3 III), die optimale Orientierung der Bewerber (Bundes-SO 4 I-IV), die Behandlung der Angebote und den Verhandlungsspielraum (Bundes-SO 6), das Rücktrittsrecht bei nachträglicher Teilung des Auftrages (Bundes-SO 7 II), die Ausschlussgründe, die Mitteilung und die Begründung des Ausschlusses (Bundes-SO 8 III), die Erweiterung oder Erneuerung des Submissionsverfahrens (Bundes-SO 8 IV), die Formalitäten

77 Michel, 69 N 13.27.

78 ZBl. 79 (1978), 271/272.

des Vertragsschlusses und den Zeitpunkt des Arbeitsbeginnes (Bundes-SO 9) (79). Der Entscheid erinnert auch daran, dass die SOen Bestimmungen wirtschafts- und sozialpolitischer Zielsetzungen enthalten.

Diese faktische Lage lässt SOen, die von Exekutivbehörden erlassen wurden, welche nicht über eine delegierte Gesetzgebungsbefugnis verfügten, verfassungsrechtlich problematisch erscheinen.

Aufgrund des allgemein geltenden *Legalitätsprinzips*, setzt staatliches Handeln eine gültige gesetzliche Grundlage voraus. Richtiger Ansicht nach gilt dies auch für die Leistungsverwaltung (80).

Eine gültige gesetzliche Grundlage ist nur dann gegeben, wenn ein staatliches Organ, dem legislative Funktionen zukommen, im dafür vorgesehenen Verfahren eine verfassungskonforme Bestimmung erlässt (81). Da sich die *Exekutivbehörden*, die SOen

79 Die hier der Bundes-SO entnommenen Bestimmungen mit Aussenwirkung könnten ebenso gut auch in einer anderen SO gefunden werden.

80 Neustens auch das Bger: Praxisänderung in BGE 103 Ia 380 E. 5/6: Das Bger hat sich allerdings auch in diesem Entscheid nicht vorbehaltlos zum Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung bekannt: "Dass der Gesetzesvorbehalt über den Rahmen der Einschränkung von verfassungsmässig gewährleisteten Rechten und der Begründung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen auszudehnen sei, bedeutet weder, dass er sich auf sämtliche Gebiete des Verwaltungsrechtes erstrecken müsse, noch, dass er in allen Bereichen mit gleicher Strenge zu handhaben sei " (a.a.O. E. 6a, 382); ebenso Imboden Max, Das Gesetz als Garantie rechtstaatl. Verwaltung, 41; schliesslich treten auch Imboden/Rhinow, Nr. 59 B/II/a, 354, für eine konsequente Einhaltung des Legalitätsprinzips ein: "Der Grundsatz rechtssatzmässiger Verwaltung gilt für alle Bereiche staatlicher Tätigkeit."

81 Vgl. Grisel, 164.

erlassen, nicht auf eine entsprechende verfassungsrechtliche Kompetenznorm stützen konnten und, in der Regel (82), auch nicht im Rahmen einer Gesetzesdelegation handelten, muss die *Verfassungsmässigkeit* von dermassen erlassenen Submissionsbestimmungen, die Aussenwirkungen zeitigen, *verneint* werden. Die Exekutivbehörden können die genannten Submissionsbestimmungen auch nicht auf das ihnen zustehende Polizeiverordnungsrecht stützen (83); dem würde die mangelnde Notfallsituation entgegenstehen (84). Durch die Anwendung solcher verfassungswidriger SOen werden das Legalitätsprinzip und der Grundsatz der Gewaltenteilung verletzt; letzterer wird bereits durch den Erlass solcher Submissionsbestimmungen verletzt.

Aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Stellung sind die Exekutivbehörden *nicht fähig, Rechtssätze zu erlassen*, wenn sie weder über eine entsprechende Kompetenznorm in der Verfassung selbst verfügen, noch den fraglichen Erlass auf eine delegierte Gesetzgebungs- (bzw. Verordnungsgebungs-)befugnis zu stützen vermögen.

-
- 82 Die VVO des Kantons Luzern und die Nationalstrassen-VO sind aufgrund einer Gesetzesdelegation erlassen worden.
- 83 Das Polizeinotverordnungsrecht ist heute allgemein anerkannt. Vgl. dazu Imboden/Rhinow, Nr. 10 B/II/b, 60: "Es wäre in der Tat kaum begründbar, der Regierung eine Polizeinotverfügungskompetenz zuzugestehen, ihr gleichzeitig aber die Befugnis abzusprechen in Fällen, in denen eine Vielzahl von Eingriffen notwendig wird, eine Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit verbürgende generell-abstrakte notrechtliche Ordnung zu treffen."
- 84 Gl.M.: Leiggener, 112, 114.

Ausserhalb dieses Rahmens erlassene Normen *bleiben daher Verwaltungsverordnungen* (85). *Greifen solche Verwaltungsverordnungen in rechtlich geschützte Interessen des Bürgers ein, so sind sie verfassungswidrig*; ob dies zutrifft, kann das Bger nach seiner neueren Rechtsprechung überprüfen (86).

Trotz dieser Rechtslage bleibt die Tatsache, dass Exekutivbehörden solche SOen erlassen haben, vom rechtstaatlichen Standpunkt aus unbefriedigend. Die richterliche Ueberprüfung solcher SOen kann nämlich die politischen Entscheidungen, die das staatliche Vergabewesen erfordert, nicht ersetzen: Der Verfassungsrichter kann nicht den Gesetzgeber substituieren (87).

85 Unrichtig ist daher der Schluss von Michel (67 ff., NN 13.23 ff.), der Submissionsbestimmungen mit Aussenwirkung generell Rechtssatznatur zuschreibt; die Exekutive ist aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Stellung einfach *nicht in der Lage*, Rechtssätze zu erlassen, wenn sie nicht über die genannten besonderen Voraussetzungen verfügt (delegierte Gesetzgebungsbefugnis/bes. Kompetenznorm in der Verfassung selbst).

86 Vgl. unten 180; ebenso BGE 102 Ia 533 ff.; 98 Ia 508.

87 Gl.M. BGE 103 Ia 383 E. 6 d: "Die Grundsätze der Gesetzmässigkeit und der Gewaltenteilung bezwecken einerseits, den Bürger vor der Willkür eines staatlichen Organs, das zugleich zur Rechtsetzung und Rechtsanwendung befugt wäre, zu schützen, andererseits die demokratische Staatsordnung, d.h. die politischen Mitbestimmungsrechte der Bürger zu garantieren. Soweit die Durchbrechung dieser Prinzipien im Hinblick auf den erstgenannten Zweck in Frage steht, ist sie im Verhältnis zu früher durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit insofern teilweise weniger schwerwiegend geworden, als dem Bürger dadurch die Möglichkeit verliehen wurde, die Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit der ihn betreffenden Massnahmen durch einen unabhängigen Richter überprüfen zu lassen. Dagegen leidet das demokratische Prinzip, wenn die Funktion der gesetzgebenden Gewalt an die Exekutive übergeht: Der Bürger verliert die Möglichkeit, bei der Gestaltung der Gesetze direkt oder indirekt mitzuwirken. Bieten sich bei der Regelung einer Materie mehrere verfassungsmässige Lösungen an oder stehen nicht justiziable Fragen zur Diskussion, so hat der Gesetzgeber in der Regel in der Delegationsnorm zu präzisieren, zu welcher Lösung zu greifen ist und welche Grundzüge sie aufzuweisen hat."

Anders sind die Submissionserlasse der Legislative bzw. der verfassungsmässig bevollmächtigten Exekutive zu beurteilen. Sofern solche Submissionsbestimmungen Aussenwirkungen zeitigen, handelt es sich um *Rechtssätze* (88). Diese erfüllen alle Ansprüche, die an eine rechtstaatliche Gesetzgebung gestellt werden müssen: Demokratischer Erlass der Normen einerseits und voller Rechtsschutz des Bürgers in der praktischen Anwendung andererseits.

C. In welcher Form sind Submissionsordnungen zu erlassen ?

Die Schlussfolgerungen, die sich aus der Betrachtung der Rechtsnatur submissionsrechtlicher Normen ergaben (89), lassen einige kritische Ueberlegungen über die Erlassform von Vergaberecht angebracht erscheinen. Bekanntlich weist das Submissionsrecht nicht immer die gleiche äussere Form auf; der Formenreichtum ist auf diesem Rechtsgebiet sogar äusserst gross (90).

I Meinungen in der Literatur

Unter Bezugnahme auf *Schneider* (91) tritt *Truninger* (92) für den Erlass von Submissionsrecht in der Form der Verordnung ein; dabei denkt er nicht an Rechts-, sondern an Verwaltungsverordnungen (93). Truninger ist der Ansicht, dass es sich beim Vergaberecht um eine sich "in ständigem Fluss befindliche Erscheinung" handle, weshalb "eine Verordnung, die sich viel leichter den rechtlichen und wirtschaftlichen Anforderungen an-

88 Gl.M. Leiggener, 112.

89 Oben 79 ff.

90 Oben 69 f.

91 Schneider, Die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen durch Staat und Gemeinde, 112 ff.

92 Truninger, 42/43.

93 Vgl. dazu oben 78 N 73.

zupassen vermag, einem Gesetz, dessen Entstehungsweg langwierig, umständlich und starr ist", vorzuziehen ist (94).

Leiggener spricht sich nicht sehr klar über die zu wählende Erlassform aus: Einerseits vertritt er die Ansicht, die Materie sei "in den ordentlichen Weg der Gesetzgebung" zu verweisen, andererseits will er der Exekutive doch "eine eigene, selbständige, beschränkte und subsidiäre Rechtsetzungsbefugnis" einräumen (95). Die Frage scheint *Leiggener* letztlich nicht so wichtig zu sein; wichtig erscheint ihm vor allem die Befriedigung des Rechtsschutzbedürfnisses.

Michel fordert, unter Berücksichtigung des Gewaltenteilungs- und des Legalitätsprinzipes, die Verankerung der Materie in einem Gesetz (im formellen Sinne); dieses könne der Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an die Verwaltung indessen breiten Raum lassen (96).

Während *Truniger* auf dem Standpunkt steht, die Materie sei in der Form von Dienstanweisungen zu regeln, vertreten also die Representanten der neueren Literatur Vorstellungen über die Erlassform, die sich den rechtstaatlichen Grundsätzen stärker verpflichtet fühlen. Ebenso sind die älteren SOen überwiegend in der Form von Dienstanweisungen erlassen worden, während sich die Schöpfer einiger neuerer Erlasse an die Grundsätze der Gewaltenteilung und des Legalitätsprinzipes gehalten haben (97).

II Eigene Meinung

Es ist nicht zu verkennen, dass die stärkere Berücksichtigung rechtstaatlicher Grundsätze auf dem Gebiete des Vergaberechtes

94 *Truniger*, 43.

95 *Leiggener*, 115.

96 *Michel*, 69 N 13.28.

97 Vgl. oben 81, N 82

mit der, im Vergleich zu früher, erhöhten wirtschaftlichen Bedeutung dieser Verwaltungsaufgaben in engem Zusammenhang steht; die Meinung, die Verwaltung könne, in Analogie zu den Grundsätzen der Privatautonomie, autonom und unter Ausschluss rechtstaatlicher Grundsätze über die staatlichen Aufträge "verfügen", ist angesichts ihrer enormen wirtschaftlichen Bedeutung einfach nicht mehr zu rechtfertigen.

Bekanntlich hat sich auch das Bundesgericht in seiner neueren Praxis zugunsten einer stärkeren Berücksichtigung des Legalitäts- und des Gewaltenteilungsprinzipes eingesetzt (98). M.E. ist diese Tendenz zu begrüßen.

Aus diesen Gründen hat die Regelung des Vergaberechtes alle Anforderungen zu erfüllen, die an demokratisch erlassene Grundsätze zu stellen sind. Abzulehnen sind somit einmal die von der nicht rechtssetzungsbevollmächtigten Exekutive erlassenen Verwaltungsverordnungen (99).

Die Wahl wird sich also auf das formelle Gesetz, die Rechtsverordnung oder auf eine Kombination dieser Institute zu konzentrieren haben.

Beim Erlass des formellen Gesetzes hat der Bürger optimale Mitwirkungsrechte; andererseits ist das Gesetz gegenüber der Verordnung schwerfälliger und starrer.

Truniger hat sich für die Verordnungsform entschieden, weil er die Ansicht vertritt, es handle sich beim Vergaberecht um eine in ständigem Fluss befindliche Materie. Die Argumentation

98 Vgl. den auf Seite 80 N 80 und auf Seite 82 N 87 zitierten BGE 103 Ia 369 ff.

99 Die rechtliche Beurteilung der Submissionsbestimmungen mit Aussenwirkungen, die von Exekutivbehörden erlassen wurden, welche sich nicht auf eine delegierte Rechtssetzungsbefugnis stützen konnten, hat deren Verfassungswidrigkeit ergeben (vgl. dazu oben 81).

Truningers hält jedoch einer näheren Prüfung nicht stand. Die Schwankungen der Konjunkturlage, denen sich die Vergabepolitik anzupassen hat und an die Truninger wohl in erster Linie denkt, sind in der SO in Form *flexibler Vergabegrundsätze* zu berücksichtigen: Die Ziele, die durch den Erlass von SOen angestrebt werden sollen, wie etwa die Gebote der Rechtstaatlichkeit und der Rechtssicherheit (100), würden durch Submissionsbestimmungen, die nur gerade im Hinblick auf eine bestimmte Konjunkturlage erlassen worden sind, gerade in Frage gestellt (101). Erforderlich ist, dass "wertmässig allgemeingültige und eben deshalb auch zeitlich dauerhafte (102)" Grundsätze des Vergaberechtes kodifiziert werden. Es fragt sich, ob das Submissionsrecht klaren, beständigen Rechtsgrundsätzen, die unabhängig von der Konjunkturlage angewandt werden können, zugänglich ist.

Natürlich werden etwa die Offertpreise bei Hochkonjunktur tendentiell höher liegen als bei einem Mangel an Aufträgen; daran vermag das Vergaberecht indessen nichts zu ändern - *seine Aufgabe liegt nur darin, im Rahmen eines gegebenen wirtschafts-*

100 Vgl. oben 45.

101 Vor dem Erlass von Rechtssätzen, die nur gerade den Augenblick berücksichtigen, aber echte Grundsätzlichkeit vernachlässigen, warnt auch etwa *Imboden*. Zur "Gesetzesinflation" meint er: "Diese unablässige Zunahme des geschriebenen (...) Rechtsstoffes ist - so widerspruchsvoll das zunächst scheinen mag - nicht der Ausdruck eines Zuviel, sondern eines Zuwenig, eines Zuwenig an echter Grundsätzlichkeit. Zur Gesetzesinflation kommt es, wo Angst vor eigener wertender Entscheidung, das Misstrauen gegenüber dem nicht in allen seinen konkreten Folgen berechenbaren allgemeinen Gebot und vielfach auch nur die Unfähigkeit, das Wesentliche und das Unwesentliche zu scheiden, überhand nehmen (...); die Kasuistik des Beiläufigen erdrückt das Grundsätzliche" (*Imboden Max, Das Gesetz als Garantie rechtstaatlicher Verwaltung*, 39).

102 *Imboden, a.a.O.*, 40.

lichen Umfeldes, das optimale Angebot auszuloten. Die preisliche Untergrenze des "günstigsten Angebotes" bildet dabei die kostendeckende Offerte; Unterangebote sind nie erwünscht. Wohl wird bei Arbeitsüberfluss kein Unternehmer auf die Idee kommen, ein Unterangebot einzureichen; das ist aber wiederum eine Auswirkung der wirtschaftlichen Lage - *die tatsächliche Anwendung* von Submissionsbestimmungen, die die Berücksichtigung von Unterangeboten ausschliessen sollen, wird daher nur bei einer rezessiven Wirtschaftsphase *aktuell* werden.

Gleich verhält es sich auch etwa mit den Bestimmungen über den Arbeiterschutz. Besteht nämlich ein Arbeitskräftemangel, so wird der Unternehmer auch ohne submissionsrechtlichen Druck bestrebt sein, optimale Arbeitsbedingungen zu bieten: Die submissionsrechtlichen Arbeiterschutzbestimmungen werden in diesem Fall nicht zur praktischen Anwendung gelangen. Wenn die Arbeiter dagegen um ihren Arbeitsplatz bangen müssen, also vornehmlich in rezessiven Zeiten, wird der Unternehmer eher versucht sein, arbeitsrechtswidrige Schlechterbehandlungen der Arbeitnehmer zuzulassen. Diese Erkenntnis ist aber wiederum eine direkte Auswirkung der Wirtschaftslage; der submissionsrechtliche Grundsatz (in diesem Beispiel der Arbeitnehmerschutz) bleibt aber bestehen und findet natürlich nur dann Anwendung, wenn seine Einhaltung gefährdet erscheint.

Diese Aufzählungen könnten beliebig fortgesetzt werden. Für das Submissionsrecht ist daraus folgender Schluss zu ziehen: *Alle vergaberechtlichen Leitprinzipien sollen in die SO aufgenommen werden - welche Normen alsdann im konkreten Fall zur Anwendung gelangen bzw. im Vordergrund stehen, ergibt sich aus der Wirtschaftslage.*

Die bisher angestellten Ueberlegungen haben gezeigt, dass richtig verstandenes Submissionsrecht eine Rechtsmaterie ist, die einer dauerhaften, von wirtschaftlichen Schwankungen

unabhängigen Normierung durchaus zugänglich ist.

Diese grundsätzlichen Erwägungen führen zum Postulat, das Submissionsrecht *in ein formelles Gesetz* zu kleiden. *Technische Fragen* von sekundärer Bedeutung könnten allenfalls in einer Delegationsnorm zugunsten des Verordnungsgebers von der gesetzlichen Regelung ausgeklammert werden. Ich denke etwa an die Festlegung der Prozentsätze und der anderen Grenzwerte für die Ausschaltung von Unterangeboten (103).

Dieses Postulat drängt sich umso mehr auf, als bei der Kodifizierung des Submissionsrechtes wichtige politische Entscheide gefällt werden müssen; im demokratischen Rechtsstaat soll der Bürger entscheiden können, inwiefern Klein- oder Mittelbetriebe bevorzugt werden sollen, ob dem einheimischen Unternehmer gegenüber dem fremden Wettbewerbsvorteile gewährt werden sollen usw.

Anhang: Der Erlass von Submissionsrecht ist vor allem
eine Aufgabe der Kantone

Da das Submissionsrecht neben der gerechten Verteilung der Staatsaufträge wichtige Lenkungsaufgaben erfüllen muss, ist darauf zu achten, dass die Materie keiner allzu grossen Rechtzersplitterung ausgesetzt wird.

Gemeinden sollten daher auf den Erlass eines eigenen Submissionsrechtes verzichten. Dies ist natürlich nur dann zu verantworten, wenn auf höherer Stufe geeignete Rechtssätze zur Verfügung stehen bzw., wenn in naher Zukunft mit dem Erlass entsprechender Normen gerechnet werden darf.

Auf der anderen Seite ist m.E. auch nicht einfach eine globale Regelung auf Bundesebene zu postulieren; die Kantone vermögen hier den Bedürfnissen der verschiedenen Wirtschaftsregionen

103 Vgl. dazu 40 N 99.

differenzierter Rechnung zu tragen. Da die Kantone indessen keine abgeschlossenen Wirtschaftsräume bilden (104), ist eine gewisse Koordination unter den Kantonen anzustreben.

104 Ebner Fritz, Problematische Wirtschaftsförderung durch die Kantone.

4. Kapitel: DAS VERHANDLUNGSVERHAELTNIS

§ 1 Rechtsnatur des Verhandlungsverhältnisses

Grundsätzlich wird das Vertragsverhandlungsverhältnis zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten vom Privatrecht beherrscht. Es ist ja geradezu das Charakteristikum privatrechtlicher Gleichheit, die Fragen des "ob" und "wie" künftiger Rechtsbeziehungen in gleichberechtigten Verhandlungen auszumachen. Keine Partei soll der anderen mit obrigkeitlicher Gewalt eine bestimmt geartete Vereinbarung aufzwingen können. Das Fehlen eines Subordinationsverhältnisses wird denn auch für das Vorliegen eines Privatrechtsverhältnisses vorausgesetzt, oder - umgekehrt gesagt - das Unterordnungsverhältnis wird in der Literatur und Rechtsprechung als *ein* Kriterium für die Abgrenzung des öffentlichen - vom privaten Recht anerkannt (1). Das Bundesgericht hat diese Rechtslage bei der Qualifizierung eines Liefervertrages über elektrische Energie zwischen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt und einem privaten Benutzer noch näher präzisiert. Es hat sich in casu für die Wahl des Privatrechtes entschieden, weil die Parteien den *Vertragsinhalt* durch freie Verhandlungen festlegen konnten. Wären dagegen die Bezugsbedingungen für die Benutzer von der Anstalt einseitig festgelegt worden und hätten beim Vorliegen gleicher Umstände ohne weiteres die gleichen Bedingungen gegolten, dann hätte, nach Meinung des Bundesgerichtes, auf die öffentlich-rechtliche Natur des Verhältnisses geschlossen werden müssen (2). Die SOen vermögen den Inhalt der abzuschliessenden Vereinbarungen nicht einseitig festzulegen. Das Gemeinwesen muss sich

1 Imboden/Rhinow, Nr. 1/B/II/a, 4 und die dort angegebene Rechtsprechung.

2 BGE 76 II 105 E. 3.

vielmehr, wie jeder andere (private) Bauherr, je nach der konkreten Marktlage, mit dem jeweils optimalen Vertragsinhalt, insbesondere in bezug auf die *Preise* und *Ausführungsfristen*, zufrieden geben. Die SOen können in diesem Sinne nur einen allgemeinen Rahmen für die Verhandlungen darstellen; damit sollen namentlich die Rechtssicherheit und die Rechtsgleichheit gewährleistet werden. Bei der Auftragserteilung muss sich das Gemeinwesen "konjunkturgerecht" verhalten können, um die vielfältigen Zwecke (3) des staatlichen Vergabewesens erfüllen zu können. Dieses Flexibilitätserfordernis weist auf das privatrechtliche Verhandlungsverhältnis hin; auch das Gemeinwesen muss sich so gut wie möglich "nach der Decke strecken." Wenn ich nun grundsätzlich festhalten darf, dass das *Privatrecht auf das Verhandlungsverhältnis im öffentlichen Vergabewesen anzuwenden ist*, so übersehe ich nicht, dass auch *öffentlich-rechtliche Grundsätze* einen Einfluss auf dieses Verhältnis ausüben und das Zivilrecht gewissermassen überlagern.

§ 2 Privatautonomie des Gemeinwesens

Die Privatautonomie ist ein wichtiger Grundsatz des Privatrechtes. Die Einschränkungen, die dem Gemeinwesen diesbezüglich obliegen, stellen indessen keinen Widerspruch zum Privatrecht dar, sondern greifen Platz, weil der Staat stets im *öffentlichen Interesse* handeln muss (4). Ein Privater kann, wenn ihm dies beliebt, innerhalb der Schranken der "Rechtsordnung" in unvernünftiger Weise über seine Mittel verfügen.

Das für den Staat zulässige Handeln ist dagegen auf das nach

3 Vgl. oben 10-45.

4 Unrichtig daher Leiggener, 138.

objektiven Kriterien zu bestimmende Gemeinwohl beschränkt (5).

A. Das Ermessen

An die Stelle der privaten Willkür tritt das Ermessen der Behörde. Wie gross der Ermessensspielraum der Verwaltung im konkreten Falle ist, beurteilt sich nach der "im Gesetz selbst enthaltenen Delegation von Entscheidungsbefugnissen an die Verwaltung" (6).

Besteht im konkreten Fall keine SO, die das Ermessen der Vergabebehörde einschränkt bzw. den Entscheidungsspielraum der Vergabebehörde näher festlegt, so hat die Behörde freies Ermessen walten zu lassen. Dadurch, dass sich die Verwaltung gebunden erachtet, obschon sie freies Ermessen walten lassen sollte, begeht sie eine sog. Ermessensunterschreitung (7); diese stellt eine Rechtsverletzung dar.

Freies Ermessen ist aber nicht mit dem privatrechtlichen Willkürrecht des Bürgers identisch; dies wäre rechtsstaatlich ausgeschlossen (BGE 92 I 149). Trotz freiem Ermessen bleibt die Vergabebehörde an die allgemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns gebunden. Nach BGE 90 I 343 handelt es sich dabei um das Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, dem Gebot von Treu und Glauben und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Im weiteren hat die Behörde bei jeder Vergebung bestrebt zu sein, die *der konkreten Konjunkturlage entsprechende*

5 Jäggi führt aus, dass die einem Gemeinwesen als Rechtssubjekt des Privatrechtes zustehende Privatautonomie gewissermassen durch das öffentliche Recht "ausgefüllt" werde. Dies, weil das öffentliche Recht bestimme, ob - und mit welchem Inhalt - ein privatrechtlicher Vertrag mit einem Bewerber abgeschlossen werde. (Peter Jäggi, Gutachten, 4).

6 Imboden /Rhinow Nr. 66/B/II/e, 407.

7 BGE 98 Ib 51; 98 V 132; 96 I 551 ff.

Anwendung der SO (8) zu gewährleisten; sie hat mithin die Interessenabwägung, welche in der SO bereits erfolgt ist, auf den konkreten Fall anzuwenden und dabei die aktuelle wirtschaftliche Lage mitzuberücksichtigen.

Dort, wo eine geeignete SO einstweilen noch fehlt, hat der zuständige Beamte die Interessen der beteiligten Parteien selbst zu gewichten - eine Aufgabe, die ihm angesichts der Komplexität der Probleme nicht zugemutet werden sollte (9).

B. Bindung an das Submissionsrecht

Ich habe gezeigt (10), dass die bestehenden Submissionsbestimmungen als Rechtssätze oder als Verwaltungsverordnungen zu qualifizieren sind.

Aus der Tatsache, dass das Gemeinwesen in dem noch darzustellenden Umfang an SOen gebunden ist, lässt sich kein Widerspruch zum Privatrecht ableiten (11); eine Bindung des Gemeinwesens besteht vielmehr nur deshalb, weil das öffentliche Interesse verlangt, dass der Staat auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr *nach Grundsätzen verfährt*.

Die Bindung an Verwaltungsverordnungen hängt eng mit dem Ermessensbegriff zusammen, dient doch die Dienstanweisung im wesentlichen gerade dazu, eine rechtsgleiche Ermessensausübung zu gewährleisten (12).

Die Bindung des Schöpfers an den eigenen Erlass geht bei Verwaltungsverordnungen weniger weit als bei Rechtssätzen.

8 Vgl. dazu oben 86 f.

9 Zur Komplexität der staatlichen Vergabepolitik, vgl. oben 10 ff.; vgl. auch die Ausführungen zur postulierten Erlassform für SOen, 83 ff.

10 Vgl. oben 79 ff.

11 Vgl. oben 91 lit. A, insbesondere N 4.

12 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 213.

Das Abweichen von einem Rechtssatz im Einzelfall ist nur innerhalb der durch diesen selbst gezogenen Schranken möglich und zulässig; zudem gilt für Normabänderungen der Grundsatz des Parallelismus der Formen, der ein Abweichen von einem Rechtssatz nur in der Form gestattet, in der dieser selbst erlassen wurde (13). Demgegenüber geht die Bindung des Schöpfers von Dienst-anweisungen weniger weit: "Administrative Selbstbindung bewirkt eine elastische, d.h. Abweichungen für besondere Ausnahmen zulassende Bindung" (14).

Zu Recht differenziert Manfrini (15) das Mass der Selbstbindung bei Dienstanweisungen je nachdem, ob eine materielle oder gar eine formelle Publikation der Bestimmungen stattgefunden hat; weiche die Behörde im Einzelfall von einer publizierten Dienst-anweisung ab, so könne der Bürger diesem Vorgehen Treu und Glauben entgegenhalten, wenn die Behörde nicht ausdrücklich einen dies-bezüglichen Vorbehalt angebracht habe.

Weil die Gemeinwesen in den Vergebungs- oder Ausschreibungs-unterlagen oft auf ihre SOen verweisen oder diese sogar in der Gesetzessammlung veröffentlichen (16), kommt diesen Dienst-anweisungen ein *erhöhter Selbstbindungseffekt* zu. Eine Abweichung im Einzelfall ist danach nur möglich, wenn objektive Gründe eine besondere Behandlung unumgänglich machen (17); dies gilt selbst-verständlich in besonderem Masse für Submissionsbestimmungen, welchen Aussenwirkungen zukommen.

13 Imboden/Rhinow Nr. 62/B/I/367 und die dort zitierten Ent-scheide: BGE 95 I 509, 94 I 36.

14 Erichsen, H.-U/ Martens, W., Allgemeines Verwaltungs-recht, 81.

15 Manfrini, 227.

16 Z.B. die Bundes-SO, SR 172.056.12.

17 Ein Abweichen im Einzelfall kann, beim Vorliegen objektiver Gründe, auch vom Bürger beansprucht werden; Gl.M. Manfrini, 254.

Für Submissionsbestimmungen, welche die Bürger berühren und denen Rechtssatzqualität beizumessen ist (18), gelten demgegenüber die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze der Selbstbindung: Formenparallelismus bei Aenderungen; Abweichungen im Einzelfall nur dann, wenn der Rechtsatz selbst einen entsprechenden Vorbehalt enthält.

C. Grundrechtsbindung der Vergabebehörden

Das Bundesgericht hat in der Frage der behördlichen Grundrechtsbindung im Submissionsverfahren im Laufe der Jahre eine gewisse Wandlung durchgemacht. Während es früher, in konstanter Rechtsprechung, jede Grundrechtsbindung verneinte (19), hat es die Frage später offengelassen (20). Neustens hat es nun in BGE 102 Ia 536 ff. dadurch, dass es auf die staatsrechtliche Beschwerde eines Berufsverbandes eintrat, der u.a. eine Verletzung der HGF durch das Submissionsrecht des Kantons Tessin geltend machte, implizite anerkannt, dass die Freiheitsrechte auch durch die staatliche Vergabepolitik verletzt werden können (21).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung scheint mir mit BGE 102 Ia 536 ff. in die richtige Richtung zu weisen. Die Vergabebehörde hat nicht nur ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben; das öffentliche Interesse fordert auch die Anwendung *aller Grundrechte*, die nach ihrem Sinn und Zweck durch staatliche

18 Vgl. oben 82 f.

19 BGE 60 I 366 ff.

20 BGE 89 I 278: in diesem Entscheid wurde die Frage indessen namentlich auch deshalb offengelassen, weil der Zuschlag, nach Meinung des Bundesgerichtes, keinen Hoheitsakt darstellt, und die Beschwerde deshalb schon aus diesem Grunde unzulässig war.

21 Vgl. auch hinten 185 ff., ebenso vorne 30 ff.

Arbeitsvergebungen verletzt werden können. Beide Bindungen bewirken eine Einschränkung der staatlichen "Privatautonomie" (22) gegenüber derjenigen des Bürgers. Die Grundrechtsbindung des Staates besteht neben der hoheitlichen auch für alle Formen der Leistungsverwaltung (23).

Es kann im Rechtsstaat nicht hingenommen werden, dass die Verwaltung, durch Nichtberücksichtigung der Verfassungsgrundsätze in bestimmten Tätigkeitsgebieten, neuen "Gerechtigkeitsvorstellungen" zum Durchbruch verhilft - diesbezügliche Normänderungen obliegen ausschliesslich dem Verfassungsgeber. Materiell tangiert die staatliche Vergabepolitik namentlich die HGF und die Rechtsgleichheit (24).

§ 3 Vorvertragliche Treuepflichten

Die durch die Arbeitsausschreibung erfolgte Ankündigung zuhanden der interessierten Unternehmer bewirkt die Entstehung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Staat und diesen Pri-

22 Vgl. oben 91 ff.

23 Vgl. oben 80 N 80 und den dort zitierten BGE 103 Ia 380 E. 5/6. Gl.M. Saladin Peter, Grundrechte im Wandel der Zeit, 321; ebenso: Grisel, Droit administratif Suisse, 51; Einschränkung dagegen Usteri Martin, Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechtes, 229: Er will die Grundrechtsanwendung auf die "notwendigen" staatlichen Aufgaben beschränken.

24 Zur Auslegung durch das Bger, vgl. oben 30 ff. ("Tessiner-Fall") zu den Freiheitsrechten als Anspruchsgrundlage, vgl. unten 178 ff.; zu den Freiheitsrechten als Beschwerdeground, vgl. unten 227 ff.

vaten, welches ich als Verhandlungsverhältnis (25) bezeichne. Dieses Verhandlungsverhältnis kann mit dem Abschluss des Bauvertrages mit einem Bewerber, unter Absage an die übrigen, oder mit dem Abbruch des Submissionsverfahrens enden; letzteres entweder unter Verzicht auf die Ausführung des Vorhabens überhaupt oder unter Auftragserteilung an einen Dritten. Auf der anderen Seite kann das Verhandlungsverhältnis für einen Bewerber auch dadurch enden, dass er sein Angebot zurückzieht. Das Verhandlungsverhältnis ist kein Vertragsverhältnis; es ist ein gesetzliches Verhältnis, das den Beteiligten eine *Reihe von Pflichten* auferlegt, die namentlich auf das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben zurückzuführen sind (26). Es gilt nun, die den Parteien im Verhandlungsverhältnis obliegenden Pflichten zu konkretisieren. Es ist indessen nicht möglich, alle Fälle vorzusehen. Der Richter wird den Sachverhalt i.S. von ZGB 1 daraufhin zu untersuchen haben, ob im vorgelegten Fall eine Treuwidrigkeit anzunehmen ist (27).

-
- 25 Gauch, Werkvertrag, N 298, unterscheidet neben diesem Verhandlungsverhältnis noch ein besonderes Submissionsverhältnis, mit dem er besonders darauf hinweisen möchte, dass "der Ausschreiber gleichzeitig mehrere Unternehmer in einem geordneten Verfahren um den Vertragsabschluss wetteifern und damit in Wettbewerb treten lässt." Vgl. dazu auch die bei Gauch zitierte Stelle aus dem Betriebs-Berater (BB) 27, 1972, 243.
- 26 Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes zählt der Grundsatz von Treu und Glauben zu den "elementaren Prinzipien der gesamten Rechtsordnung" (Imboden/Rhinow Nr. 74/B/I/457); vgl. zu dieser Rechtsprechung z.B. BGE 83 II 348 ff. Vgl. dazu auch Walter Yung, *Devoirs généraux et obligations*, 171; Paul Piotet, *culpa in contrahendo*, 123.
- 27 Arthur Meier-Hayoz, Berner-Kommentar, NN 251 ff. zu Art. 1 ZGB; Gauch hat das Problem der Haftung aus culpa in contrahendo speziell im Zusammenhang mit der Submission behandelt. Ich werde bei der folgenden Zusammenstellung Gauchs Kasuistik mitberücksichtigen: vgl. Gauch Peter, Werkvertrag, NN 312 ff. und Gauch Peter, Tagungsunterlagen 1979, 23 ff.

Praktisch bedeutsam sind namentlich die folgenden Pflichten:

1. Die Pflicht ernsthaft zu verhandeln

Zwar ist der Staat in seiner Privatautonomie beschränkt. Es verstösst indessen grundsätzlich nicht gegen die verhandlungsmässigen Treuepflichten, wenn das Gemeinwesen, im Sinne der Partnerwahlfreiheit, einem bestimmten Bewerber den Zuschlag erteilt und die Verhandlungen zu den übrigen entschädigungslos abbricht. Der Unternehmer erwirbt mit seiner Offerteingabe eine *Chance* auf den Zuschlag (28). Diese gibt ihm einen *Anspruch* auf eine submissionsrechtlich korrekte Behandlung seines Angebotes.

Unzulässig ist dagegen das Vorgehen desjenigen Bauherrn, der eine Ausschreibung vornimmt, obwohl bereits im Zeitpunkt der Auskündigung feststeht, dass die Baute nicht oder nicht in der angekündigten Weise ausgeführt wird. Ein solcher Fall ist z.B. dann anzunehmen, wenn die Ausschreibung nur bezweckt, Vergleichswerte zu beschaffen, aufgrund derer alsdann über die Projektausführung entschieden werden soll. Gleich muss auch der Fall entschieden werden, bei dem der Ausschreibende die Submission weiterführt, obwohl er nachträglich zum Schlusse gelangt ist, das Projekt nicht zu realisieren.

2. Aufklärungspflichten

Gegen die vorvertragliche Treuepflicht verstösst z.B. auch diejenige Gemeinde, die im Zeitpunkt der Ausschreibung die Ausführung eines bestimmten Objektes zwar beschlossen hat, aber die Finanzierung, über die eine andere Behörde ganz oder zum Teil zu

28 Ob die entstehenden Ansprüche ausnahmsweise weiter gehen können, werde ich unten 174 ff. darstellen.

entscheiden hat, noch nicht sichergestellt hat (29).

In einem deutschen Fall führte eine Gemeinde ein Submissionsverfahren für ein Hallenbad durch, dessen Finanzierung sie zum vornherein nicht mit eigenen Mitteln bewältigen konnte. Da es ihr nicht gelang, die Finanzierung anderweitig zu sichern, wurde innerhalb der in der Ausschreibung vorgesehenen Frist kein Zuschlag erteilt, worauf der holländischen Firma mitgeteilt wurde, ihre Offerte würde zur Grundlage des Bau- und Finanzierungsantrages gemacht. Als dann das Geld schliesslich aus dem "Sonderprogramm des Bundes und des Landes zur regionalen und lokalen Abstützung der Beschäftigung" nur mit der Auflage bereitgestellt werden konnte, den Auftrag einer deutschen Firma zu vergeben, erteilte die Gemeinde der holländischen Bewerberin eine Absage. Das Düsseldorfer Oberlandesgericht hat die Klage der abgewiesenen Firma auf Erstattung der für die Erstellung des Angebotes aufgewandten Kosten unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens vor Vertragsschluss gutgeheissen (30). Das Gericht rügt am Vorgehen der Gemeinde namentlich die Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten. Die holländischen Bewerber haben bei dieser Submission *keine echte Chance* auf den Zuschlag erworben, weil diese von der Gemeinde, angesichts der mangelnden Finanzierungsmöglichkeit während der Zuschlagsfrist, gar nicht eingeräumt werden konnte.

Die in der Ausschreibung der Beklagten verwendete Klausel, das Angebot solle für die Gemeinde unverbindlich und kostenlos sein, besage nichts über

29 Weil mir in der Schweiz kein entsprechendes Urteil bekannt ist, verwende ich hier, als Beispiel, einen deutschen Entscheid. M.E. ist dieser Entscheid aber auch auf schweizerische Verhältnisse (analog) anwendbar. Das Fehlen von entsprechenden Entscheiden in der Schweiz muss m.E., mindestens zum Teil, auf den mangelhaften Rechtsschutz zurückgeführt werden: Die Bewerber ziehen es eben vor, auf die Ergreifung der zur Verfügung stehenden (untauglichen) Rechtsbehelfe (vgl. dazu unten 214 ff.) zu verzichten, weil sie auf das "gute" Verhältnis zu den Vergabebehörden angewiesen sind. Vgl. auch 183 ff., 213.

30 NJW 1977, 1064 ff., Nr. 11: durch den Verfasser gekürzter Sachverhalt.

die versäumte Aufklärungspflicht. Sie bedeute lediglich, dass die Klägerin mit dem Angebot selbst noch keinen Anspruch auf Vergütung oder Zuschlag erwerben könne. Sie stelle aber *die in der Ausschreibung enthaltene Zusage*, dass eine Vergebung binnen der angesetzten Frist überhaupt erfolgen solle, nicht in Frage.

Das Bundesgericht hat in BGE 102 II 84 erkannt, culpa in contrahendo könne nur angenommen werden, wenn der Gegenpartei etwas verschwiegen werde, was diese nicht kennt und auch nicht zu kennen verpflichtet ist. M.E. wäre das Bundesgericht im dargelegten Fall mit dem Düsseldorfer Oberlandesgericht einig gewesen: Es kann ja sicherlich nicht behauptet werden, dass die holländische Firma die fehlende Finanzierungsmöglichkeit hätte kennen müssen.

Der Unternehmer seinerseits hat den Bauherrn von Beginn der Verhandlungen an über Tatsachen auszuklären, die er insbesondere aufgrund seiner Fachkenntnisse erkennt und über die der Partner offensichtlich eine falsche Vorstellung hat (31).

3. Gleichbehandlung der Submittenten

Diese Pflicht besteht für das Gemeinwesen, auch im Submissionsrecht, schon aufgrund der Verfassung (32). Positivrechtlich kommt dieser Grundsatz (mittelbar) auch in verschiedenen Submissionsbestimmungen zum Ausdruck (33). Sogar die rein privaten SIA-Normen statuieren eine gewisse Gleichbehandlungspflicht,

31 Vgl. dazu Gauch, Werkvertrag, NN 315/316 und den dort zitierten BGE 92 II 333 E. 3 lit. b.

32 Vgl. dazu oben 95 ff.

33 Als Beispiel kann hier die in den SOen festgelegte Pflicht angeführt werden, Arbeiten einer bestimmten Bedeutung im Submissionsverfahren zu vergeben: Dieses Vorgehen trägt insofern bereits per se zur Verwirklichung der Rechtsgleichheit bei, als sich alle interessierten Unternehmer um den Auftrag bewerben können.

indem z.B. Wettbewerbsunterlagen, die während der Eingabefrist geändert werden, allen Beteiligten rechtzeitig zur Kenntnis gebracht werden müssen (34). Festzuhalten ist hier aber gleichzeitig, dass der private Bauherr, vorbehaltlich einer ausdrücklich übernommenen Pflicht, nicht an den Gleichheitsgrundsatz gebunden ist.

4. Wahrheitspflicht

Sie äussert sich namentlich in der *Pflicht, sich an gegebene Versprechen zu halten*. Gegen die vorvertraglichen Treuepflichten verstösst z.B. jene Partei, die ein bestimmtes Versprechen gegeben hat, das allein oder in Konkurrenz mit anderen Elementen, die Gegenpartei veranlasste, ein Angebot überhaupt oder in dieser Form zu machen, wenn *sie sich nachträglich nicht mehr an ihr Wort halten kann oder will*.

Die Haftung aus culpa in contrahendo greift in solchen Fällen ein, wenn der Partner den Vertrag ohne dieses Element nicht eingehen will; die Haftung aus culpa in contrahendo wird dadurch, dass ein Vertrag dennoch zustande kam, noch nicht unbedingt ausgeschlossen.

5. Schweigepflicht

Die in OR 364 statuierte *Treuepflicht* des Unternehmers, die auf das Arbeitsvertragsrecht, insbesondere auf OR 321 a, verweist, ist m.E. Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der auch auf das vorvertragliche Rechtsverhältnis analog angewendet werden sollte, dies zumindest in bezug auf die Pflicht zur Verschwiegenheit (OR 321 a IV).

BGE 93 II 278 E. 5 hält für die Geheimhaltungspflicht fest, dass sie auch nach Beendigung des Werkvertrages noch bestehe.

34 Art. 3 IV SIA-Norm 117; vgl. auch etwa Art. 2 II SIA-Norm 117.

Dies, weil die Schweigepflicht sonst insofern sinnlos würde, als sich der Partner ihrer durch Kündigung des Vertrages ent schlagen könne. Aus dem Zweck des Geheimnisschutzes an sich erhellt ohne weiteres, dass die Verschwiegenheitspflicht auch vor Eingehung eines Vertragsverhältnisses gelten muss, wenn in dieser Zeitspanne schon Geheimnisse ausgetauscht werden. Zu prüfen ist nunmehr der Umfang der Geheimhaltungspflicht. Nach OR 321 a IV sind die berechtigten Interessen des Partners zu wahren. Ein berechtigtes Interesse an der Verschwiegenheit besteht nur dann, wenn tatsächlich ein Geheimnis existiert. Es ist daher durch Auslegung des konkreten Falles zu prüfen, ob die strittige Tatsache nicht gemeinfrei geworden ist (35). Gemeinfreiheit ist anzunehmen, wenn ein Dritter ohne grössere Mühe ebenfalls von der Tatsache Kenntnis erhalten könnte. Eine positivrechtliche Normierung haben diese Grundsätze z.B. in der *Bundes-SO* insofern gefunden, als dort vor Ablauf der Eingabefrist eingegangene Angebote den Mitbewerbern nicht bekannt gegeben werden dürfen. Ebensowenig ist es erlaubt, eingereichte Projekte, Projektvarianten, Pläne, Muster und Modelle, sowie von einem Bewerber dazu erstellte Vorausmasse ohne sein Einverständnis Mitbewerbern bekannt zu geben (36). *Abschliessend ist m.E. festzuhalten, dass der Grundsatz von OR 321 IV a analog auf das Submissionsverfahren anzuwenden ist,*

35 Vgl. auch BGE 93 II 279 E. 5.

36 Bundes-SO 6 I/IV.

wenn keine abweichende positivrechtliche Regelung besteht (37). Dies gilt für alle am Verfahren beteiligten Personen.

6. Unrichtige Angaben über kostenbildende Faktoren

Nach Gauch (38) führen fahrlässig gemachte *Angaben des Bestellers* oder seiner Hilfspersonen über kostenbildende Faktoren (Gauch nennt das Beispiel der Beschaffenheit des Baugrundes) zur Haftung aus culpa in contrahendo zulasten des Geschäftsherrn; bei Absicht will Gauch den Tatbestand unter OR 28/31 subsumieren (39). In rechtstechnischer Hinsicht kann man sich m.E. allerdings fragen, ob das aufgeworfene Problem nicht vielmehr eine Frage des Vertragsinhaltes darstellt. Beinhaltet nämlich z.B. das *vom Besteller ausgegebene Angebotsformular* (absichtlich oder fahrlässig gemachte) falsche Mengenangaben, so kann der Unternehmer bei der Schlussabrechnung die tatsächlichen Ausmasse in Rechnung stellen. Diese Rechtslage ergibt sich aus der Ueberlegung, dass nicht die (falsch angegebenen) Ausmasse des Angebotsformulars, sondern (nach der Vertrauenstheorie) diejenigen des tatsächlich auszuführenden Werkes Vertragsinhalt geworden sind.

7. Unternehmervarianten

Treuwidrig kann auch der Missbrauch von Unternehmervarianten und anderer überlassener Akten sein. So kann es gegen die Geheimhaltungspflicht verstossen, wenn eine Variante einem

37 Gut formuliert scheint mir in diesem Zusammenhang Art. 24 II SIA-Norm 118: "Erhält ein Vertragspartner oder ein Beauftragter bei der Vorbereitung oder Ausführung des Werkes Kenntnis von Tatsachen, von denen er weiss oder nach den Umständen annehmen muss, dass der andere Vertragspartner oder die Bauleitung sie gegenüber Dritten geheimhalten will, so ist er zur Geheimhaltung verpflichtet, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses."

38 Gauch, Werkvertrag, N 318; Gauch, Tagungsunterlagen 1979, 24 Ziff. 2.

39 Gauch, Werkvertrag, N 193.

Konkurrenten bekanntgegeben wird. In diesem Sinne bestimmt SIA-Norm 118, Art. 24 I:

"Alle Akten (wie Ausschreibungs- und Ausführungsunterlagen, Pläne aller Art, Werkzeichnungen und Berechnungen), welche Bauherr, Unternehmer oder deren Beauftragte (z.B. die Bauleitung) einander übergehen, sowie alle Weisungen und Vorschläge, Projektgestaltung und Bauausführung dürfen vom Empfänger nur im Rahmen des Vertrages verwendet werden; er darf sie weder für eigene Zwecke weiterverwenden noch an unberechtigte Dritte zur Verwendung weitergeben; auch hat er dafür zu sorgen, dass die Unterlagen Dritten nicht zugänglich sind."

Vorbehalten bleiben nach der genannten Bestimmung im Übrigen die allgemeinen Pflichten gemäss den Gesetzen über das Urheberrecht, die Erfindungspatente und den unlauteren Wettbewerb.

8. Preisabsprachen unter den Submittenten

Das Problem der Preisabsprachen unter den Bewerbern soll hier nur unter dem Gesichtswinkel der Haftung aus culpa in contrahendo betrachtet werden; die Frage besitzt indessen noch in anderer Hinsicht juristische Relevanz (40).

In der Praxis kann zwischen einzelnen, aufgrund eines bestimmten Bauobjektes, spontan zusammengerufenen Bewerbersitzungen und systematisch organisierten Submittentenversammlungen unterschieden werden (41). *Gauch* erklärt, ohne weitere Differenzierung, dass ein Unternehmer, der am Submissionsverfahren mit einem Angebotspreis teilnehme, den er mit anderen (mitbietenden) Unternehmern abgesprochen habe, gegen Treu und Glauben verstosse; durch eine solche Teilnahme verletze der Unternehmer

40 Vgl. dazu unten 121 ff.

41 Vgl. dazu ausführlicher unten 126 ff.

das berechtigte Vertrauen des Ausschreibers in den Wettbewerbscharakter der Submission; er täusche den Ausschreiber über eine Tatsache (die unabhängige Errechnung des Angebotspreises), die für dessen Entschluss, den Vertrag zu bestimmten Bedingungen abzuschliessen, erheblich sei (42).

Im gleichen Sinne äussert sich *Tercier* (43). Ohne Begründung spricht er sich für ein Verbot von "accords de prix" aus. Demgegenüber hat sich das *Bundesgericht* in einem älteren Entscheid (44) differenzierter ausgesprochen. Es hielt zunächst folgenden Grundsatz fest: "...suivant l'opinion couramment reçue, il n'y a rien de répréhensible dans une convention sur laquelle des entrepreneurs concurrents s'entendent pour unifier leurs conditions (de soumission) en vue d'éviter un avilissement des prix qui rendrait leur bénéfice problématique" (45). Diesen Grundsatz präzisierte das Bger alsdann, indem es festhielt: "La liberté économique ne doit pas être ligotée ni le marché accaparé au point de créer un monopole et de ruiner la concurrence" (46).

Die m.E. richtige Argumentation des Bundesgerichtes beschränkt sich darauf, die Bildung von Monopolen "contraires aux bonnes moeurs" zu untersagen. Der Gesichtspunkt der Unsittlichkeit i.S. von OR 20 entfällt heute, weil der Problemkreis im Kartellgesetz von 1962 (47) positivrechtlich geregelt ist.

42 Gauch, Werkvertrag, N 314.

43 Tercier, Présentation du système et questions pratique, 13.

44 BGE 63 II 245 ff.

45 a.a.O. E. 2, 247.

46 a.a.O. E. 2, 248.

47 SR 251.

Entgegen der Behauptung von Gauch gibt es kein "berechtigtes Vertrauen des Ausschreibenden in den Wettbewerbscharakter der Submission". Der *Ausschreiber hofft nur*, dass er mit der Submission einen möglichst grossen Kreis von Bewerbern ansprechen kann und dass er damit sein Vorhaben zu optimalen Konditionen verwirklichen kann; einen Anspruch auf Wettbewerb besitzt er indessen nur im Rahmen des Kartellgesetzes. Es wäre ein klarer Widerspruch zum Kartellgesetz, Beschränkungen des Wettbewerbes durch die Submissionsteilnehmer zum vornherein als culpa in contrahendo zu qualifizieren. Das Kartellgesetz beschränkt ja die Manipulation des Wettbewerbes nur unter gewissen Voraussetzungen; es wäre demnach mit dieser Regelung nicht vereinbar, Wettbewerbsmanipulationen, unter dem Gesichtspunkt der Haftung aus culpa in contrahendo, schlechthin einer Sanktion zu unterwerfen.

In Zeiten wirtschaftlicher Rezession ist es besonders legitim, wenn sich die Unternehmer, in den Schranken der Wettbewerbsgesetzgebung, vor ruinösen Unterbietungen zu schützen versuchen. Die Submittentenversammlungen, die z.B. aufgrund des "Wettbewerbsreglementes" des SBV durchgeführt werden, bezwecken denn auch, "eine volkswirtschaftlich gesunde Preisgestaltung zu unterstützen und das den echten Wettbewerb verfälschende Abgebotswesen einzudämmen" (48). Neben der Preisfrage bezwecken die Submittentenversammlungen noch, die Besprechung und Abklärung aller mit der Offertstellung zusammenhängenden Fragen, wie insbesondere die gemeinsame Aufdeckung von Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen, die Besprechung von Arbeitsvorgängen, welche eine wirtschaftliche Durchführung der Bauarbeiten ermöglichen, die Beschaffung von Grundlagen für die Kostenberechnung (z.B. Leistungsannahmen) usw. (49).

48 Präambel des Wettbewerbsreglementes.

49 Pfiffner, Kein Fall für die Kartellkommission.

Seit der Rezession von 1974 hat der SBV durch gezielte Massnahmen versucht, ein weiteres Absinken der Preise zu verhindern. Zusätzlich zum genannten Wettbewerbsreglement hat er Modelle von *Preiskonventionen* erarbeitet, die den Unternehmern als Selbsthilfe in der Form freiwilliger Preisvereinbarungen dienen sollen (50).

Aus den gleichen Ueberlegungen, die ich, oben 106, allgemein zu den Preisabsprachen gemacht habe, fallen auch solche Preiskonventionen unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo ausser Betracht; nur im Rahmen des Kartellgesetzes kann ihnen rechtliche Relevanz zukommen (51).

§ 4 Rechtliche Einordnung der Haftung aus culpa in contrahendo

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Rechtsnatur der Haftung aus culpa in contrahendo ist schwankend. Sie wurde als quasi-vertraglich (52), als vertraglich (53) und als ausservertraglich (54) bezeichnet; schliesslich wurde die Frage offengelassen (55).

In den neusten, in Note 55 zitierten Entscheiden, lässt das Bundesgericht m.E. eine gewisse Annäherung an die Theorie von Jäggi (56) erkennen. Jäggi unterscheidet nicht nach vertraglicher oder ausservertraglicher Natur der Haftung aus culpa in contrahendo; nach ihm entscheidet der Richter für jede "Modalität" (z.B. Verschuldenspräsumption, Verjährung, Beweislast, Hilfspersonenhaftung)

50 Jahresbericht 1978 des SBV, 72.

51 Vgl. unten 121 ff.

52 BGE 58 II 429.

53 BGE 90 II 458, 77 II 137, 68 II 303.

54 BGE 80 II 38.

55 BGE 104 II 94, 101 II 266.

56 Jäggi Peter, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, 181 ff.

frei, ob dafür die Art. 41 ff. OR oder 97 ff. OR anzuwenden sind.

Piotet hat indessen die Konzeption von Jäggi zu Recht kritisiert (57). Tatsächlich ist dem Vorgehen von Jäggi namentlich vorzuwerfen, dass es zu einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit führt. Würde nämlich nach dem System von Jäggi verfahren, so wäre nicht einzusehen, weshalb der Richter, der, in der Funktion des Gesetzgebers, für jede Modalität Normen aus den Art. 31 ff. OR bzw. 97 ff. OR herausziehen könnte, nicht auch Lösungen treffen würde, die weder in der einen noch in der anderen Normengruppe vorgesehen sind.

Die Haftung aus culpa in contrahendo ist m.E. in das Deliktsrecht einzuordnen (58). Diese Qualifizierung drängt sich deshalb auf, weil es sich bei den im Verhandlungsverhältnis zu respektierenden Pflichten nicht um (vereinbarte) Obligationen, sondern um allgemeine (gesetzliche) Pflichten handelt: "Il ne faut pas confondre le devoir général contrétié dans une situation particulière avec une obligation; il ne faut pas se laisser tromper par le fait que, in concreto, le devoir général s'impose à une personne déterminée à l'égard d'une autre personne déterminée" (59).

Die allgemeinen Rechtspflichten bestehen für jeden Rechtsgenossen jederzeit virtuell und aktualisieren sich, wenn er in ein Vertragsverhandlungsverhältnis eintritt.

Piotet erkennt nicht, dass das Deliktsrecht nicht alle Probleme der Haftung aus culpa in contrahendo zu lösen vermag. So kommt er

57 Piotet P., *Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle*, 259.

58 Gl.M. Piotet P., *Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle*, 270; derselbe, *culpa in contrahendo*, 40. Vgl. auch von Tuhr/Peter 193.

59 Der in Note 57 zitierte Aufsatz von Piotet, 256.

nach eingehender Begründung zum Schluss, dass der Geschäftsherr, ohne die Möglichkeit eines Befreiungsbeweises (60), für das vorvertragliche Verschulden seiner Hilfspersonen (61) einzustehen hat.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, weiter auf die (privatrechtliche) Qualifizierungsfrage der Haftung aus dem Verhandlungsverhältnis einzutreten; im übrigen verweise ich hier nochmals auf die zitierten Untersuchungen von Piotet.

§ 5 Kartellrechtliche Relevanz des Verhandlungsverhältnisses

A. Kartellrechtliche Beurteilung der staatlichen Nachfragerstellung

I Anwendbarkeit des Kartellgesetzes

1. Im allgemeinen (62)

Fraglich ist zunächst, ob das Kartellgesetz auf das Marktverhalten des Staates überhaupt Anwendung findet. Dies ist zu bejahen. KG 1 statuiert einen umfassenden Anwendungsbereich des Gesetzes; es wird denn auch allgemein anerkannt, dass Wettbewerbsbeschränkungen der öffentlichen Hand, soweit sie nicht hoheitlich (63) sind, d.h. aufgrund von Monopolen und Regalen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen durchgesetzt werden, in den Anwendungsbereich des KF fallen (64).

60 Dies im Gegensatz zu OR 55.

61 Unter Hilfspersonen versteht Piotet auch solche, die nicht in einem Subordinationsverhältnis zum Geschäftsherrn stehen, wie z.B. der Stellvertreter im Auftragsverhältnis.

62 BG über Kartelle und ähnliche Organisationen von 1962; SR 251.

63 Zur Tatsache, dass die öffentliche Vergabetätigkeit kein hoheitliches Staatsverhalten darstellt, vgl. 199 ff.

64 Schürmann Leo, Kommentar, 19.

2. Begriff der Nachfragemacht

Marktmacht auf der Nachfrageseite äussert sich in der Weise, dass der Käufer in der Lage ist, vom Verkäufer Vorteile zu verlangen und auch zu erhalten, die ihm nicht gewährt worden wären, wenn er nicht über Marktmacht verfügen würde (65). Ähnlich lautet die Definition der Kartellkommission (KK). Nach Ansicht der KK liegt Nachfragemacht dann vor, wenn ein Nachfrager, aufgrund seiner Marktstellung, von einem Anbieter Bedingungen zugestanden erhält, die er ohne diese Macht nicht durchsetzen könnte. Diese Nachfragemacht sei in einem besonders ausgestalteten und jeweils auf besonderen Ursachen beruhenden Machtverhältnis zwischen einem Nachfrager und einem Anbieter begründet, wobei ein positiver Machtsaldo zugunsten des Nachfragers zu verzeichnen sei. Dieser *positive Machtsaldo* äussere sich darin, dass der Nachfrager leichter auf die Geschäftsbeziehungen zum Anbieter verzichten könne als umgekehrt (66).

3. Kommt den Gemeinwesen eine kartellrechtlich relevante Nachfragemacht auf dem Gebiete der Arbeitsvergabe zu ?

Die Kartellkommission hat in ihrer Untersuchung über die Nachfragemacht und deren Missbrauch (67) festgestellt, dass das KG keinen Unterschied zwischen Wettbewerbsbeschränkungen auf der Angebots- und der Nachfrageseite mache: "Dass die Kommentare und Abhandlungen zum KG die mit der Nachfragemacht zusammenhängenden Probleme nicht behandeln, ist deshalb erklärlich, weil dieses Problem erst in jüngster Zeit erkannt worden ist."

Die KK lässt keinen Zweifel offen, dass sie ohne weiteres

65 Schmidhauser Bruno, Der gefährdete Wettbewerb.

66 VKK, Band 11 (1976), 79.

67 VKK, Band 11 (1976), 85.

bereit wäre, das Verhalten von nachfragemächtigen Einzelunternehmungen oder Unternehmensgruppen mittels Sonderuntersuchungen zu überprüfen, sofern ihr dazu Gelegenheit geboten wird; dies gilt auch für das Verhalten des wirtschaftenden Staates.

Zu untersuchen ist, ob und unter welchen Voraussetzungen den Gemeinwesen kartellrechtlich relevante Nachfragemacht zukommt. Die Antwort auf diese Frage kann nicht pauschal erfolgen; es hat vielmehr, anhand der im folgenden aufzuzeigenden Kriterien, eine Einzelfallbeurteilung zu erfolgen.

Wesentliche Differenzierungskriterien sind namentlich die wirtschaftliche Gesamtsituation im relevanten Markt und die Unterscheidung der Bereiche des Hoch- und Tiefbaues.

Es liegt zunächst auf der Hand, dass die Lage des Nachfragers in Zeiten wirtschaftlicher Blüte auf der einen Seite und rezessiver Verhältnisse auf der anderen Seite eine sehr unterschiedliche ist: Während er in ersterer unter Umständen froh sein muss, einen Unternehmer zu finden, der den staatlichen Auftrag zu guten Konditionen ausführen möchte, werden sich in Zeiten der Rezession die Bewerber in aller Regel um den Auftrag reißen. Die staatliche Nachfragemacht ist also in rezessiven Wirtschaftsphasen unvergleichlich grösser.

Ferner ist die staatliche Nachfragemacht im Tiefbau naturgemäss wesentlich grösser als im Hochbau. Tatsächlich wird das Gemeinwesen im Hochbau von zahlreichen privaten Bauherren in der Nachfrage konkurrenziert; dem öffentlichen Tiefbau steht dagegen keine entsprechende private Nachfrage gegenüber. Die private Nachfrage nach Tiefbauleistungen steht in keinem Verhältnis zum Bedarf der öffentlichen Hand; so üben die verborgenen Gemeinwesen gerade im Nationalstrassenbau eine beträchtliche wirtschaftliche Macht aus.

Bei der Beurteilung der Nachfragemacht ist auch das föderalistische Element unseres Vergabewesens mitzuberücksichtigen: Die Grösse des vergebenden Gemeinwesens und der Umfang der zu befriedigenden Bauleistungen, spielen bei der Beurteilung der Nachfragemacht eine wesentliche Rolle.

4. Wann übt eine Vergabebehörde ihre Nachfragemacht missbräuchlich aus und verstösst damit gegen das Kartellgesetz ?

Es ist klar, dass das Gemeinwesen im Interesse einer sparsamen Verwaltung darauf bedacht sein muss, die bestehenden Aufträge zu günstigen Konditionen zu vergeben; aus diesem Grunde muss der Staat auch mit einer gewissen Härte vorgehen. Von Missbrauch kann nach Ansicht der Kartellkommission erst dann gesprochen werden, wenn der Nachfrager, unter dem Einsatz einer entsprechenden Marktmacht, beim Marktpartner besondere (betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigte) Zugeständnisse durchzusetzen versucht und auch durchzusetzen vermag (68). Das Gemeinwesen kann nun versucht sein, sich Vertragsklauseln auszubedingen, durch die es, beispielsweise für den Fall von *Budget-Restriktionen*, abgesichert wäre. Jäggi denkt etwa an folgende Formulierung:

"Die Bauherrschaft behält sich vor, für den Fall von Kreditkürzungen die Ausführung der zu vergebenden Arbeiten zu verschieben, das Bauprogramm zu erstrecken oder die Fälligkeit von Zahlungen zu verlegen, ohne Anspruch des Unternehmers auf Entschädigung". (69)

Schwarzenbach empfiehlt dem Gemeinwesen, folgende "auflösende Bedingung" in den Vertrag aufzunehmen:

68 VKK, Band 11 (1976), 81 lit. b.

69 Jäggi Peter, Gutachten, 11/12.

"Die Bauherrschaft ist nur in der Lage, die erteilten Aufträge in dem vereinbarten Umfang durchzuführen zu lassen, als ihr ihrerseits Kredite hiefür von der zuständigen Stelle bewilligt werden (70)."

Vertragsklauseln wie die genannten, erscheinen mir ungerecht. Ungerecht deshalb, weil die genannten Klauseln nur einer Partei Vorteile einräumen. Während der Unternehmer seine produktiven Kapazitäten für die fragliche Baute bereit halten muss, auch wenn er sie anderswo gewinnbringender einsetzen könnte, kann das Gemeinwesen einseitig auf die vereinbarten Konditionen einwirken. Der Unternehmer berechnet sein Angebot aufgrund eines normalen Arbeitsablaufes. Wird in dieses Gleichgewicht der Leistungen einseitig eingegriffen, so kann dies den Unternehmer wirtschaftlich gefährden und, wenn ein grosser Teil seiner Kapazität betroffen wird, schliesslich die Existenz seines Unternehmens in Frage stellen. Diese Konsequenz liegt ja letztlich auch nicht im öffentlichen Interesse (71). Nach der Lebenserfahrung kann daher davon ausgegangen werden, dass ein Unternehmer einer solchen Vertragsklausel nicht zustimmen würde, wenn er sich nicht in einer Zwangslage befände. In einer solchen Zwangslage kann sich der Unternehmer, bezüglich gewisser Arbeitsgattungen, aber auch in der Zeit einer relativ günstigen wirtschaftlichen Gesamtlage befinden. Zu denken ist hiebei etwa an den Nationalstrassenbau: Die Kapazitäten, die hiezum erforderlich sind, können schwerlich anderswo

70 H.R. Schwarzenbach, Bauherr und Bauunternehmer im öffentlichen Tiefbau, 357.

71 Das öffentliche Interesse an einer gesunden Wirtschaft äussert sich ja auch darin, dass die vergebenden Gemeinwesen versuchen, Unterangebote auszuschalten. Vgl. dazu oben 38 ff.

eingesetzt werden (72).

Einem marktmächtigen Gemeinwesen kann es nun dennoch gelingen, solche, objektiv ungerechten Vertragsklauseln, im Bauvertrag "unterzubringen".

Klauseln der genannten Art sind auch abzulehnen, weil sie eine Ungleichheit zwischen den vergebenden Behörden selbst schaffen. Während nachfragemächtige Gemeinwesen unter Umständen in der Lage sind, solche Klauseln rechtsgeschäftlich durchzusetzen, sind es andere Gemeinwesen nicht.

Die besonderen Zugeständnisse, die nur auf einem äusseren Konsens beruhen, in Wirklichkeit dem Unternehmer aber gegen seinen Willen abverlangt werden, stellen einen Missbrauch der Nachfragemacht dar. Dabei ist es nicht nötig, dass der zuständige Beamte das Gefühl hat, einen Missbrauch begangen zu haben - er kann im Gegenteil der Ansicht sein, für das Gemeinwesen die beste Lösung erhandelt zu haben.

II Kartellrechtliche Konsequenzen

1. Aufgrund des Kartellzivilrechtes

Die Kartellkommission hat in ihrem Bericht über die *Nachfragemacht* und deren Missbräuche (73) festgestellt, die Rechtsprechung des Bundesgerichtes über die Angebotsmachtsachverhalte könne grundsätzlich analog auf die missbräuchliche Anwendung von Nachfragemacht angewandt werden. Zwar habe das Bundesgericht bisher noch keinen Fall von Nachfragemacht zu beurteilen gehabt, doch könne weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte der Art. 4 und 5 KG entnommen werden, dass die beiden Sachverhalte unterschiedlic

72 Die KK hat im übrigen eine interessante Zusammenstellung von Beispielen missbräuchlicher Ausübung von Nachfragemacht gegeben; vgl. dazu VKK Band 11 (1976), 81/82.

73 VKK Band 11 (1976), 86 - 88.

zu behandeln seien (74). Die Kartellkommission hat diese Rechtsprechung alsdann für die Nachfragesachverhalte konkretisiert. Es sind danach drei Punkte hervorzuheben, die sich im wesentlichen wiederum aus dem Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung der Nachfragemacht selbst ergeben:

a. Existenzgefährdung des Unternehmers

Sofern es an Konkurrenten des nachfragemächtigen Abnehmers und damit an Ausweichmöglichkeiten für den Unternehmer fehlt, können sich die missbräuchlichen (bzw. betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigten) Forderungen des Abnehmers für den Hersteller existenzbedrohend auswirken. Die Situation wird aber noch gefährlicher, wenn der *nachfragemächtige Abnehmer seine Bezüge einstellt* (75).

Dass z.B. Budgetrestriktionsklauseln betriebswirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind, habe ich gezeigt (76). Der Unternehmer wird das Risiko, das ihm solche Klauseln auferlegen, in der Regel auch nicht durch einen höheren Offertpreis ausgleichen können. Eine solche Einschränkung der Konkurrenzfähigkeit wird er sich im Hinblick auf die Auftragserteilung nicht leisten können.

Auf der anderen Seite wird er es nicht wagen, gegen seinen "Brotgeber" gerichtlich vorzugehen; das Ausbleiben staatlicher Aufträge hätte für seinen Betrieb schwerste Folgen. Aus diesem Grunde stellt auch Schmidhauser fest: "Da man den fraglichen Abnehmer nicht entbehren könne, wolle man es mit ihm nicht verderben. Und weil man es mit ihm nicht verderben wolle, dürfe er auch nicht wissen, dass man ihn bei einer Behörde des

74 VKK Band 11 (1976), 87.

75 VKK Band 11 (1976), 87.

76 Oben 112.

Missbrauchs von Nachfragemacht bezichtigt habe" (77).

Diese Ueberlegungen gelten auch für die nach heutiger Rechtsprechung zulässigen Rechtsbehelfe; die Angst vor dem Prozessieren wird noch durch die Untauglichkeit der zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe gesteigert, die für den Beschwerdeführer daher oft auch kontraproduktiv wirken (78).

b. Diskriminierung der Konkurrenten

Neben der genannten Existenzgefährdung des Herstellers, nennt die Kartellkommission als zweiten Punkt die *Diskriminierung der Konkurrenten* des nachfragemächtigen Abnehmers (79).

Benachteiligt ist der nicht nachfragemächtige Nachfrager insofern, als ihm der Unternehmer natürlich die betriebswirtschaftlich nicht zu rechtfertigenden Zugeständnisse nicht machen wird. "Klagt nun der diskriminierte Abnehmer gegen den Hersteller auf Arbeitsausführung zu den für den nachfragemächtigen Abnehmer geltenden Konditionen, so könnte der Richter dem Begehren u.a. nur unter Missachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze entsprechen. Die betriebswirtschaftlich gebotene Lösung wäre, die Konditionen des nachfragemächtigen Abnehmers zu normalisieren. Solches könnte der Richter jedoch, wenn überhaupt, nur in einem Prozess zwischen dem Hersteller und dem nachfragemächtigen Abnehmer anordnen" (80).

c. Vergabepflicht

Schliesslich wirft die Kartellkommission die Frage der *Bezugs- und Vergabepflicht* des nachfragemächtigen Abnehmers bzw., in unsere

77 Schmidhauser Bruno, Der gefährdete Wettbewerb, in "Der Bund" vom 30. Juni 1976.

78 Vgl. zu den nach heutiger Rechtsprechung zulässigen Rechtsmitteln und ihrer praktischen Wirksamkeit unten 183 ff., 213.

79 VKK Band 11 (1976), 87.

80 VKK Band 11 (1976), 87/88 lit. b.

Fall, die Vergabepflicht des Gemeinwesens (81) auf. Eine solche Pflicht lässt sich zwar aus dem KG ableiten, doch darf sie nach Meinung der Kartellkommission nur mit Zurückhaltung ausgesprochen werden; diese Ansicht dränge sich auf, weil dem Abnehmer, unter Berufung auf KG 4 und 5, grundsätzlich keine bestimmte Sortimentspolitik aufgezwungen werden könne (82).

Die hier wiedergegebene Ansicht der Kartellkommission über die Bezugspflicht des Nachfragers hat zwar vor allem die privaten Nachfragegewaltigen im Auge; es besteht indessen kein Grund, der eine grosszügigere Behandlung des Gemeinwesens rechtfertigen würde. Im Gegenteil: Die, im Gegensatz zum privaten Bauherrn bestehenden Bindungen des Gemeinwesens an die Verfassung und die SOen, legen eine strengere Behandlung der staatlichen Vergabebehörden nahe (83).

Diese Ansicht kann beispielsweise anhand der Submissionsbestimmungen über die Ausschaltung von Unterangeboten belegt werden. Es ist nämlich in der Tat widersprüchlich, wenn das Gemeinwesen einerseits Submissionsbestimmungen zur Ausschaltung von Unterangeboten erlässt und andererseits Bestimmungen in den Bauvertrag aufzunehmen versucht, die vom Standpunkt des Unternehmers aus einer betriebswirtschaftlichen Rechtfertigung entbehren.

Als Fazit kann festgehalten werden, dass eine *Vergabepflicht* zulasten des nachfragemächtigen Gemeinwesens eher angenommen werden muss, als zulasten eines entsprechenden privaten Nachfragers.

81 Ueber die Frage des Anspruches auf Arbeitszuschlag im allgemeinen vgl. unten 174 ff.

82 VKK Band 11 (1976), 88 lit. c.

83 Zu diesen staatlichen Bindungen vgl. oben 91 ff.

Es ist hier auch noch zu erwähnen, dass der Entwurf zu einem neuen Kartellgesetz (84) in Art. 9 lit. c die Möglichkeit eines *Kontrahierungszwanges* ausdrücklich vorsieht. Danach kann ein nachfragemächtiges Gemeinwesen verpflichtet werden, "geschäftliche Verträge" mit dem Kläger abzuschliessen.

2. Aufgrund des Kartellverwaltungsrechtes

Während der zivilrechtliche Teil des KG dem Schutz der wirtschaftlichen Betätigung des Einzelnen gewidmet ist, soll durch den verwaltungsrechtlichen Teil des Gesetzes *der freie Wettbewerb als solcher* geschützt werden: "Der öffentlich-rechtliche Teil des Kartellgesetzes will den verfassungsmässigen Auftrag, volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen zu bekämpfen, auch dann erfüllen, wenn sich alle in Betracht fallenden Unternehmungen der Wettbewerbsbeschränkung freiwillig unterziehen und zivilrechtlich ein Wettbewerbsausschluss oder eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung nicht vorliegt bzw. nach KG 5 gerechtfertigt werden kann" (85).

Es ist der Kartellkommission darin beizupflichten, dass dem verwaltungsrechtlichen Teil des KG gegenüber den zivilrechtlichen Bestimmungen erhöhte Bedeutung zukommt. Wie bereits erwähnt (86), scheut sich der abhängige Anbieter im allgemeinen, einen Zivilprozess gegen seinen "Brotgeber" anzustrengen; auf der anderen Seite wird auch der diskriminierte Nachfrager von einem Zivilprozess

84 Schmidhauser, Materialien.

85 VKK Band 11 (1976), 88 Ziff. 2 lit. a.

86 Oben 116 N 77.

gegen den Anbieter absehen (87), zumal damit ein betriebswirtschaftlich zu rechtfertigendes Ergebnis nicht zu erzielen wäre.

Das KG hat den, im Kartellartikel der Bundesverfassung enthaltenen Begriff der "volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen" (88) nicht definiert; die Konkretisierung des Begriffes oblag vielmehr der Kartellkommission.

Im Anschluss an die von Hugo Sieber (89) im Jahre 1967 entwickelte *Saldotheorie*, nahm die Kartellkommission fortan dann volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit an, wenn ein negativer Saldo ihrer wirtschaftlichen und ausserwirtschaftlichen Wirkungen vorlag. Im Entwurf zum neuen KG soll die Saldotheorie ausdrücklich verankert werden (90).

Der positive oder negative Saldo wird nach der genannten Methode anhand von verschiedenen Elementen (Wettbewerbsintensität, Wettbewerbsfreiheit, Struktur, Auswirkungen auf die Herstellungs- und Vertriebskosten, Qualität, Preise, Lauterkeit des Wettbewerbes, Volksgesundheit (91)) berechnet und jeweils einer *ermessensmässigen Gewichtung* durch die Kartellkommission unterzogen. Die für das Kartellzivilrecht entwickelten Beurteilungskriterien (92) können im Rahmen der Saldotheorie analog auch im

87 Vgl. oben 115/116 und N 80.

88 Art. 31 bis Absatz II lit. d BV.

89 Sieber Hugo, Aktuelle Probleme der schweizerischen Wettbewerbspolitik, 25 ff.

90 Vgl. den in N 84 zitierten Entwurf, Art. 30 VE/KG.

91 Vgl. dazu Hugo Sieber, Ueber die Kriterien der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, 54/55.

92 Vgl. oben 114 - 118.

Kartellverwaltungsrecht verwendet werden. Dass auch bei der Saldotheorie die konkrete Gewichtung der in Rechnung zu stellenden Elemente eine grosse Rolle spielt, zeigt folgendes Beispiel: Die Kartellkommission hat eine Kooperations- und Konzentrationsentwicklung als kartellrechtlich "neutral" qualifiziert, weil sich die einzelnen Unternehmungen, trotz der bestehenden Wettbewerbsbeschränkung, den veränderten Marktverhältnissen anpassen konnten: "Die Kartellkommission schreitet insbesondere dann nicht ein, wenn die fragliche Wettbewerbsbeschränkung nur ausnahmsweise zu Betriebschliessung oder zu sozial ins Gewicht fallenden Entlassungen geführt hat" (93).

III Folgerungen für das staatliche Vergabewesen

Durch die verschiedenen Bindungen, die sich aus der Rechtsordnung ergeben, geniessen Öffentliche Vergabeorgane auf alle Fälle nicht die volle Freiheit aus der Privatautonomie (94). Noch weiter eingeschränkt ist die Freiheit des Staates dann, wenn er als nachfragemächtiger Kunde im Markte auftritt (95). Auch diese Einschränkung besteht m.E. zu Recht. Es wird den vergebenden Staatsstellen dadurch gezeigt, dass es nicht im öffentlichen Interesse liegt, die Marktmacht, z.B. durch einseitige Vertragsklauseln, gegen den Unternehmer auszuspielen. Im öffentlichen Interesse liegt dagegen ein gerechter Ausgleich in den zu erbringenden Leistungen. Es ist zuzugeben, dass der Pfad zwischen der missbräuchlichen Ausnützung der Nachfragemacht und dem Erfordernis, einen "guten" Vertrag für das Gemeinwesen herauszuholen, bisweilen recht schmal sein kann. Die SOen vermögen in manchen Fällen auch nicht weiterzuhelfen. So bestimmt z.B. die SO des

93 VKK Band 11 (1976), 92 lit. bb.

94 Vgl. oben 91 ff.

95 Vgl. oben 114 ff, 118 ff.

Kantons Zürich in § 15 lediglich: "Nach erfolgter Vergebung ist mit dem Unternehmer oder Lieferanten in der Regel ein schriftlicher Vertrag abzuschliessen, der alle gegenseitigen Rechte und Pflichten regeln soll" (96).

Zwar sind die zürcherischen ergänzenden (Submissions-) Richtlinien, namentlich diejenigen über die Ausschaltung von Unterangeboten (97), für den Inhalt des Bauvertrages von Bedeutung; doch lässt der zitierte § 15 SO/ZH den vergebenden Behörden dennoch die Freiheit, andere (z.B. kartellrechtlich) missbräuchliche Bestimmungen in den Bauvertrag aufzunehmen. Es wäre m.E. wünschenswert, wenn auch in bezug auf den Inhalt der abzuschliessenden Bauverträge *Normen* geschaffen würden, die einen gerechten Ausgleich der im Spiele stehenden Interessen garantieren würden.

B. Kartellrechtliche Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkungen durch die Submittenten (Submissionskartelle)

I. Fragestellung; kartellrechtliche Subsumtion der Wettbewerbsbeschränkungen

Das Angebot des Unternehmers ist bereits unter dem Gesichtspunkt

96 Im Kanton Zürich hat aber z.B. das Amt für technische Anlagen und Lufthygiene einen Rahmen-Werkvertrag ausgearbeitet; zusätzlich hat das gleiche Amt 1977 Ergänzungen zu den "Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten, Norm SIA 118, Ausgabe 1977" herausgegeben. Auch etwa für die Vergebung der Arbeiten an den Nationalstrassen besteht ein besonderer Rahmen-Werkvertrag. Wohl dient die Herausgabe solcher Rahmenverträge der Rechtsgleichheit und -sicherheit, doch ist die Tendenz, dass die verschiedenen Vergabungsstellen in eigener Kompetenz solche allgemeine Geschäftsbedingungen schaffen, rechtstaatlich nicht unbedenklich; allgemeine Geschäftsbedingungen sollten dagegen breiter abgestützt und einem eingehenden Vernehmlassungsverfahren unterzogen werden.

97 ZH / Ergänzende Richtlinien.

der culpa in contrahendo unter die Lupe genommen worden (98). In diesem Abschnitt soll untersucht werden, ob *Preis- und Konditionenabsprachen* unter den Unternehmern im Submissionsverfahren zulässig sind.

Thematisch interessiert in diesem Zusammenhang nur die kartellrechtliche Beziehung zum eigentlichen Submissionspartner, dem Gemeinwesen, weshalb hier die Untersuchung des internen Verhältnisses unter den Submittenten nicht zu untersuchen ist. Es fragt sich dagegen, ob namentlich Preisabsprachen unter den Bewerbern die rechtlich geschützten Interessen des Gemeinwesens verletzen können. Zunächst ist zu untersuchen, wann wettbewerbsbeschränkende Abreden der Unternehmer überhaupt in den Geltungsbereich des KG fallen. Nach KG 2 I kann ein Kartell u.a. eine *rechtlich nicht erzwingbare Abrede* sein, welche mittels gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbes den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beeinflusst oder zu beeinflussen geeignet ist, namentlich durch Regelung der Preise und Geschäftsbedingungen. Ein wichtiges Tatbestandselement dieser Vorschrift ist die Bestimmung des relevanten Marktes. Unter *Markt* ist das räumliche, zeitliche und gegenständliche Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage zu verstehen (99). Nach der Praxis der Kartellkommission und der schweizerischen Doktrin ist dabei von einer relativ engen Marktabgrenzung auszugehen (100). Eine Bauunternehmung, die auf den Gebieten des Hoch- und Tiefbaues tätig ist, arbeitet auf verschiedenen Märkten. Der Markt-

98 Vgl. oben 96 ff.

99 Walter Schluep, Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisationen, 195.

100 Leo Schürmann, Die Durchführung des Kartellgesetzes (Erfahrungen und Probleme), 68/69.

begriff ist aber noch enger zu fassen. So kann z.B. ein Markt für Umbauten und Renovationen von einem solchen für grössere Neubauten unterschieden werden. Dagegen würde es sich m.E. im allgemeinen nicht rechtfertigen, den Umbau- und Renovationsmarkt von demjenigen für kleinere Neubauten zu unterscheiden. Dies, weil die Struktur der Marktteilnehmer für beide Arbeitsparten gleich sein wird. Definitiv lässt sich der Marktbegriff indessen nur für den konkreten Fall bestimmen.

Das wettbewerbsbehindernde Verhalten der Submittenten muss nun, um vom Kartellgesetz erfasst zu werden (101), zumindest geeignet sein, *diesen Markt* zu beeinflussen. In bezug auf die *Beeinflussungseignung* kommt der Absicht der Kartellmitglieder keine Bedeutung zu. Dagegen ist ihr Verpflichtungswille bezüglich der in Aussicht genommenen Wettbewerbsbehinderung erforderlich (102).

Kartellrechtlich relevant ist eine Marktbeeinflussungseignung bereits dann, wenn sie nicht "erheblich" ist. Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbehinderung ist erst im Zusammenhang mit der Unzulässigkeit der Vorkehr zu prüfen (KG 4 und 22) (103). Auf der anderen Seite fordert das KG zur Begründung seiner Anwendbarkeit

101 Art. 2 KG.

102 Leo Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 283.

103 In diesem Zusammenhang besteht in der Lehre Uneinigkeit darüber, ob die Frage der *Substitutionsgüter* bereits im Rahmen des Geltungsbereiches des KG (Art. 3) oder erst bei der Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsbehinderung (KG 4) zu prüfen sei.

Werden die Substitutionsgüter im gleichen Marktbegriff wie das Hauptgut erfasst, so wird die von KG 3 geforderte massgebliche Beeinflussung dieses Marktes weniger schnell gegeben sein als wenn man den Marktbegriff enger fasst und für das Haupt- und Substitutionsgut je einen verschiedenen Markt annimmt. Praktisch wird mit einem engen Marktbegriff der Geltungsbereich des KG erweitert und umgekehrt.

doch eine gewisse Beeinflussungsintensität: Es bedarf einer "nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbaren Einwirkung auf das Verhalten der Marktbeteiligten" (104).

Man kann sich fragen, ob auf das wettbewerbsbeschränkende Verhalten der Submittenten statt KG 2 nicht vielmehr KG 3 anzuwenden wäre. Die kartellähnliche Organisation könnte hier insbesondere als "stillschweigend abgestimmtes Verhalten von Unternehmungen" (action concertée: KG 3 lit. b) in Betracht kommen. Wird das Verhalten der Bewerber als kartellähnliche Organisation (KG 3) und nicht als Kartell (KG 2) qualifiziert, so ist zur Anwendung des Kartellgesetzes nicht nur Markteinflussungseignung, sondern eine tatsächliche, massgebliche Beeinflussung des Marktes erforderlich (KG 3 I).

Das eigentliche Abgrenzungskriterium zwischen der "action concertée" des Art. 3 KG und der "rechtlich nicht erzwingbaren Abrede" des Art. 2 KG ist somit das Vorliegen bzw. das Fehlen einer Vereinbarung. Allerdings hat ja diese "Vereinbarung" i.S. von KG 2 nach dem Wortlaut des Gesetzes die Besonderheit, dass sie im Verletzungsfalle nicht soll durchgesetzt werden können (sog. Gentlemen's Agreement), so dass faktisch ein echter Unterschied kaum mehr ersichtlich ist.

Für den engeren Marktbegriff: Schürmann Leo, Die Durchführung des KG, 68; für den weiteren Marktbegriff: Schluep Walter, Kontrahierungspflicht, 197. Festzuhalten ist noch, dass der engere Marktbegriff den Intentionen des (historischen) Gesetzgebers entspricht, weil er den Geltungsbereich des Gesetzes so weit als möglich ziehen wollte (Botschaft zum KG, in BB1. 1961 II, 16). M.E. ist die Meinung Schürmanns vorzuziehen, weil damit die Behörde und die benachteiligten Wettbewerber vermehrt die Möglichkeit bekommen, den Sachverhalt einer rechtlichen Abklärung zuzuführen.

Für die action concertée war zudem bereits in der Botschaft zum geltenden Kartellgesetz (105) festgehalten worden, dass paralleles Verhalten von Oligopolisten, bei denen die Gleichförmigkeit der Preise das Werk des freien Wettbewerbes sei, nicht erfasst werden solle. Doch hat die Abgrenzung des "bewusst abgestimmten Konkurrentenverhaltens" vom Parallelverhalten, das "auf den Wettbewerb als solchen" zurückzuführen ist, in der Praxis Schwierigkeiten bereitet (106). Im Interesse einer möglichst breiten Anwendung des Kartellgesetzes sollte daher im Zweifelsfall m.E. eine "rechtlich nicht erzwingbare Abrede" angenommen werden.

II Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelnen

Wettbewerbsbeschränkungen der Bewerber im Submissionsverfahren treten in der Praxis in verschiedenen Ausgestaltungsarten auf. Es lassen sich dabei drei gebräuchliche Typen unterscheiden:

- Das formlose spontane oder systematische Besprechen und Abstimmen der Offerten durch die Unternehmer eines bestimmten Marktes.
- Der Abschluss von (schriftlichen) Submissionskonventionen durch die Unternehmer.
- Systematisch durchgeführte Submittentenversammlungen, die in der Regel von den Berufsverbänden organisiert werden.

Wettbewerbsbeschränkend kann ferner die Vereinheitlichung der Geschäftsbedingungen wirken, die durch nicht verbindliche Empfehlungen der Berufsorganisationen gefördert wird (z.B. die SIA-Normen).

105 BBl. 1961 II, 575.

106 Schmidhauser Bruno, Materialien, 147. Im Entwurf zum neuen KG werden die beiden Fälle jetzt rechtlich gleichgestellt.

1. Geltungsbereich des Kartellgesetzes

a. Formlos aufeinander abgestimmtes Verhalten

Im allgemeinen werden Preisabsprachen in der Form mündlicher Abmachungen von den Parteien nicht als rechtlich verbindliche Vereinbarungen verstanden. Sie wären dies natürlich auch nicht, wenn die Parteien anderer Ansicht wären: KG 11 sieht für Kartellverpflichtungen das Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit vor; diese Formvorschrift ist eine Gültigkeitsvoraussetzung. Aus diesem Grunde hat die Nichtbeachtung die Unklagbarkeit der Vereinbarung zur Folge. Auf der anderen Seite werden solche Genglemen's Agreements aber doch mit Verpflichtungswillen der Beteiligten abgeschlossen. Dieser hat seine Grundlage nicht im rechtlichen Zwang, sondern in der Ueberlegung, dass die Uebung nur dann einen Sinn hat, wenn sich die Parteien aufeinander verlassen können.

M.E. sind solche Sachverhalte im Zweifel eher unter KG 2 als unter KG 3 lit. b zu subsummieren. Dies wegen des Interesses an der breiten Anwendung des Gesetzes (107); dann aber auch deshalb, weil das Besprechen der Angebote, das Festlegen der Geschäftsbedingungen und der Eingabepreise mehr ist, als ein "bewusstes Zusammenwirken" i.S. von KG 3 lit. b. Die vom KG geforderte Marktbeeinflussungseignung (sie braucht nicht "erheblich" zu sein: 122/123) wird solchen unternehmerischen Absprachen in der Regel zukommen, zumal die kollektive Regelung der Preise und Geschäftsbedingungen in KG 2 ausdrücklich genannt werden (108).

107 Vgl. oben 123/124 N 103.

108 Vgl. dazu auch Schürmann Leo, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 282: "Die Kartellbindung für sich allein genügt zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes nicht, auch wenn eine Kartellbindung, die zur Beeinflussung des Marktes

b. Abschluss von Submissionskonventionen

Auch im Bereich schriftlicher Submissionskonventionen sind mannigfaltige Ausgestaltungsformen denkbar; entsprechend variieren auch die Zielsetzungen. Es ist weder möglich noch nötig, alle in der Praxis verwendeten Formen hier zu erfassen. Der Schweizerische Baumeisterverband hat 1978 drei "Modellvorschläge über den Abschluss von Konventionen unter den Firmen des engeren Baugewerbes" erlassen. Diese Vereinbarungsvorschläge erfahren dadurch, dass sie vom wichtigsten Berufsverband im Bauhauptgewerbe auf gesamtschweizerischer Ebene erlassen worden sind, naturgemäss die weiteste Verbreitung; ich werde meine Betrachtungen daher in der Folge auf diese drei Alternativen beschränken.

Vorwegzunehmen ist, dass man sich heute, ein Jahr nach der Herausgabe der Vorschläge, auf Verbandsseite eher kritisch über den Wirkungsgrad der Konventionen äussert (109).

Die Konventionen gehen bezüglich ihrer Zielsetzungen von gegenseitiger Preisinformation und der Verhinderung unangemessener Abgebote (Modell A) über das eigentliche Anheben des Preisniveaus durch Verzicht des Billigsten (Modell B) bis zum Versuch des Ausschlusses von Fehleinschätzungen in der Kostenkalkulation (Modell C). Der Abschluss solcher Konventionen begründet rechtlich verbindliche Verhältnisse unter den Parteien; das ergibt sich aus dem Wortlaut der Konventionen und aus der Tatsache, dass für deren Verletzung jeweils eine Konventionalstrafe vorgesehen ist. Im übrigen wird durch die einfache Schriftlichkeit auch das Formerfordernis von KG 11 erfüllt. Die Zusammenschlüsse sind somit *eindeutig als Kartelle i.S. von KG 2* zu qualifizieren. In bezug auf die Markt-

nicht geeignet erscheint, selten sein dürfte."

109 Telefonische Auskunft von Dr. Pfiffner, Zentralsekretär des SBV, vom 17. Oktober 1979.

beeinflussungseignung kann ich auf die oben 126 gemachten Ausführungen verweisen.

c. Systematisch durchgeführte Submittentenversammlungen,
die in der Regel von den Berufsverbänden organisiert werden

Der Schweizerische Baumeisterverband hat am 27. April 1978 ein Reglement über die Teilnahme an Submissionen und die Abgabe von Preisofferten (Wettbewerbsreglement) (110) erlassen.

Nach Art. 4 ist jedes Mitglied des SBV, das eine Offerte einzureichen beabsichtigt, verpflichtet, sich sofort nach Erhalt der Offertunterlagen bei der zuständigen Stelle schriftlich, mittels Formular, anzumelden. Die Anmeldestelle hat dabei, nach Absatz III der genannten Bestimmung, gegenüber nichtbeteiligten und nicht angemeldeten Firmen, Diskretion zu wahren. In Art. 3 I wird alsdann bestimmt, für welche Arbeiten und unter welchen Voraussetzungen eine Submittentenversammlung durchzuführen ist. Nach Art. 3 II ist die Teilnahme an der Submittentenversammlung obligatorisch. Der Leiter der Submittentenversammlung wirkt nach Art. 3 IV bei der Beschaffung der wichtigsten Grundlagen für die Kostenrechnung mit und kann für wesentliche Leistungspositionen Richtwerte über Leistungsannahmen oder Einheitspreise vermitteln. Entsprechen die Angebotsbedingungen nicht den SIA-Normen, den Normen anderer anerkannter Fachverbände bzw. den Bedingungen und Vorschriften, welche vom Baumeisterverband im Einvernehmen mit den Bauherrschaften ausarbeitet worden sind, so sind sie vom Leiter der Submittentenversammlung, nach Rücksprache mit der zuständigen Ausschreibungsstelle, zu korrigieren.

Die Vorschriften des Wettbewerbsreglementes sind für die Mitglieder des SBV verbindlich. Dies ergibt sich schon daraus,

110 Dieses Wettbewerbsreglement stellt nicht eine eigentliche Neuschaffung dar, sondern nur eine Weiterentwicklung früherer Typen.

dass Reglementsverletzungen mit Konventionalstrafen sanktioniert werden können (Art. 7). Daran ändert Art. 6 über die Freiheit der Mitglieder bei der Preisabgabe nichts. Es bleibt dabei: Das Wettbewerbsreglement hat gegenüber dem Bauherrn eine wettbewerbsbeschränkende Funktion. Damit ist kein Werturteil gesprochen. Festzuhalten ist indessen, dass die Submittentenversammlungen Preis- bzw. Konditionenkartelle i.S. von KG 2 sind; daran vermag auch die Tatsache, dass es sich bei den Beschlüssen der Submittentenversammlungen (Art. 3 V) um rechtlich nicht erzwingbare Abreden handelt, nichts zu ändern (Art. 6) (111).

2. Die anwendbaren kartellrechtlichen Bestimmungen

a. Im allgemeinen

Da die kartellrechtlichen Bestimmungen über das interne Verhältnis der Kartellmitglieder (KG 11 ff.) dem öffentlichen (wie übrigens auch dem privaten) Bauherrn keine Handhabe gegen das allenfalls rechtswidrige Verhalten der Submittenten bieten, interessieren sie, wie bereits auf Seite 121 ausgeführt wurde, in diesem Zusammenhang nicht. Ebensowenig kommt hier aber auch den zivilrechtlichen Kartellbestimmungen praktische Relevanz zu: Diese sollen das Prinzip des "möglichen Wettbewerbes" verwirklichen und dienen demzufolge demjenigen, der behauptet, dass ihm die Ausübung des Wettbewerbes erheblich erschwert oder unmöglich gemacht werde. Mit anderen Worten dienen sie dem Mitbewerber und nicht dem Konsumenten (112). Dem Gemeinwesen stehen somit nur die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des KG (KG 17 ff.) zur Verfügung.

111 In diesem Zusammenhang ist noch auf die Dissertation von Michel hinzuweisen, der sich ebenfalls mit Submissionskartellen befasst hat (N 15.20). Seine diesbezüglichen Ausführungen vermögen m.E. indessen nicht zu überzeugen.

112 Schmidhauser Bruno/Richli Paul, Stichwort "Kartelle", 4.

Das Gemeinwesen, welches sich durch ein Submissionskartell beeinträchtigt fühlt, kann sich an die Kartellkommission wenden, welche im Rahmen einer Vorabklärung (113), die dem Sekretariat der Kartellkommission obliegt, prüft, ob eine allgemeine Erhebung oder eine Sonderuntersuchung an die Hand genommen werden soll oder ob allenfalls Einigungsverhandlungen unter Führung der Kartellkommission zu befriedigenden Ergebnissen führen können (114).

Der Unterschied zwischen der allgemeinen Erhebung (KG 18 I) und der Sonderuntersuchung (KG 20) ist im übrigen gering. Zwar verlangt KG 18, im Gegensatz zu KG 20, von der Kartellkommission keine Würdigung der Kartellauswirkungen. Die Kartellkommission ist in der Praxis indessen auch bei den allgemeinen Erhebungen dazu übergegangen, eine Würdigung des festgestellten Sachverhaltes vorzunehmen und beanstandungswürdige Fakten durch ~~e p. Abfragen~~ den betroffenen Kartellen oder ähnlichen Organisationen mitzuteilen. Der Unterschied zur Empfehlung bei der Sonderuntersuchung liegt nun einzig darin, dass bei Nichtbefolgung der Anregung nicht direkt zur verwaltungsrechtlichen Klage nach KG 22 geschritten werden kann, sondern dass das Eidgenössische Wirtschaftsdepartement die Kartellkommission vorerst mit einer Sonderuntersuchung beauftragen muss.

b. Volkswirtschaftlich- oder soziale Schädlichkeit

Widerrechtlich sind wettbewerbsbeschränkende Abreden unter den

113 Dieses Rechtsinstitut ist im KG nicht ausdrücklich vorgesehen. Daher wird bisweilen auch die Rechtmässigkeit dieser Vorabklärungen bestritten. M.E. ergibt sich jedoch aus dem allgemeinen Zweck des Gesetzes, dass die Kartellkommission die Möglichkeit haben muss, Informationen zu sammeln; die Kartellkommission ist gerade auf derartige Informationen angewiesen, um das Wettbewerbsgeschehen einigermaßen überblicken zu können. Im Entwurf zum neuen KG ist das Institut der Vorabklärung positiv-rechtlich normiert (Art. 28 VE).

114 Schürmann Leo, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 296.

Bewerbern dann, wenn sie als volkswirtschaftlich- oder sozial schädlich qualifiziert werden müssen (KG 20).

Die Konkretisierung des Begriffes der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit obliegt, wie oben 119 bereits ausgeführt wurde, der Kartellkommission; diese verwendet in der Praxis die *Saldotheorie* (115). Die konkreten Auswirkungen der Saldotheorie hängen nun wesentlich davon ab, welche Kriterien man im konkreten Fall berücksichtigt und wie die berücksichtigten Kriterien gewichtet werden. Die Kartellkommission hat keine allgemeine, abstrakte Aufzählung solcher Kriterien gegeben. Sie geht vielmehr ziemlich kasuistisch vor. In der Regel stehen folgende Kriterien im Vordergrund: Auswirkungen des Kartells auf die Preise, den Wettbewerb und die Branchenstruktur (116).

Im Sanitärbericht I von 1968 hat die Kartellkommission im Rahmen einer Sonderuntersuchung i.S. von KG 20 II der SSIV und dem GR empfohlen, sie sollten ihren Sektionen, die den *Preisvereinbarungszwang* noch z.T. kannten, nahelegen, diesen aufzuheben. Dies bedeutet, dass jedes Verbandsmitglied, ohne dass es Nachteile gewärtigen müsse, im konkreten Fall die *Preisfreigabe* für sich beanspruchen könne. Begründet wurde die Empfehlung (117) damit, dass sich die betriebliche Situation des einzelnen Handwerkers in einem bestimmten Zeitpunkt so darbieten könne, dass er entweder in der Lage oder, wegen momentaner Lücken im Auftragsbestand, gezwungen sei, günstiger zu offerieren. Die im Sanitärbericht geforderte Aufhebung von Preisvereinbarungszwängen tangiert in erster Linie die Interessen der Mitbewerber - sie sollen

115 Vgl. zur Saldotheorie den oben 119 N 89 zitierten Aufsatz von Hugo Sieber und meine dortigen Ausführungen.

116 Vgl. auch oben 119 N 91.

117 VKK 1968 (Band 3), 222 ff.; das Recht der Verbandsmitglieder, weiterhin zu Kalkulationssitzungen zusammenzutreten, wurde von der Kartellkommission ausdrücklich anerkannt.

die Möglichkeit haben, günstiger zu offerieren. Mittelbar sind allerdings auch die Interessen des Bauherrn involviert; auch ihm entgeht durch die künstliche Hochhaltung der Preise die Möglichkeit, sein Vorhaben zum billigsten Preis zu vergeben. Das KG unterscheidet diese beiden Sachverhalte indessen nicht: Massgebend ist allein, ob die Situation als solche volkswirtschaftlich oder sozial schädlich ist oder nicht. Zu prüfen ist nunmehr, wann das in lit. a, oben 125 ff., festgestellte kartellrechtlich relevante Bewerberverhalten in diesem Sinne widerrechtlich ist.

- Der mögliche Wettbewerb. Zwar ist die Verwirklichung des möglichen Wettbewerbes vor allem Aufgabe des Kartellzivilrechtes; wie ich indessen bereits erwähnt habe (oben 119), sind diese Bestimmungen für die Beurteilung der volkswirtschaftlichen- oder sozialen Schädlichkeit ebenfalls heranzuziehen (118).

Die Möglichkeit des Wettbewerbs kann indessen durch das besprochene Bewerberverhalten nicht ausgeschlossen werden. Die mündlichen und schriftlichen Absprachen im Submissionsverfahren erfordern naturgemäss den Konsens der Beteiligten, weshalb ein Wettbewerbswilliger nicht zuzustimmen braucht. Auch dem Wettbewerbsreglement des SBV kann schliesslich die Behinderung von Wettbewerbswilligen nicht vorgeworfen werden. In bezug auf die Preisfreigabe entspricht es in jeder Hinsicht den im Sanitärbericht I aufgestellten Ansprüchen.

- Die Intensität des Wettbewerbes. Absprachen unter den Submittenten haben naturgemäss eine Reduktion der Wettbewerbsintensität zur Folge; es fragt sich, wie diese Tatsache im Rahmen

118 Es wird in der Lehre teilweise bestritten, dass das Kriterium der Wettbewerbsmöglichkeit überhaupt im Kartellverwaltungsrecht berücksichtigt werden darf. Für die

des Schädlichkeitsbegriffes von KG 20 zu werten ist. Da das KG kein Kartellverbot enthält und Beschränkungen der Wettbewerbsintensität dem Kartellbegriff immanent sind, kann eine kartellmässig bedingte Abschwächung des Konkurrenzkampfes nicht schon als solche widerrechtlich sein. Das KG soll nur Missbräuche bekämpfen (Missbrauchsprinzip). Demgegenüber wird die Intensitätsabschwächung, als Indiz für die Schädlichkeit, im Rahmen der Saldotheorie in Rechnung zu stellen sein.

- Einwirkungen auf die Preise. Vorkehren der Bewerber im Submissionsverfahren haben unter anderem den Zweck, auf das Preisniveau Einfluss zu nehmen; so wird das Anheben des Preisniveaus im "Modellvorschlag B des SBV" (119) ausdrücklich zum Zweck erhoben.

Nach Sieber ist für die Beurteilung der volkswirtschaftlichen- oder sozialen Schädlichkeit einer kartellrechtlich relevanten Erscheinung zu prüfen, "ob sie den Zielen, welche die Wirtschafts- und Sozialpolitik unseres Landes anstrebt, widerspricht" (120).

Die preispolitischen Ziele im Vergabewesen ergeben sich namentlich aus den SOen. In diesen ist einerseits festzustellen, dass nicht dem billigsten-, sondern dem günstigsten Angebot (121) der Vorzug gegeben wird; andererseits werden nicht kostendeckende Angebote in der Regel vom Wettbewerb ausgeschlossen (122).

Nichtberücksichtigung tritt z.B. Homburger, Kritische Bemerkungen, 124, ein.

119 Vgl. dazu oben 127 ff.

120 Sieber Hugo, Ueber die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, 53.

121 Vgl. dazu oben 38, und unten 192 ff.

122 Vgl. dazu oben 38 ff. "Unterangebote".

Im Rahmen der in lit. a, oben 126 ff., dargestellten Vorkehren werden in rezessiven Wirtschaftsphasen wohl kaum je überhöhte Kartellpreise gefordert werden. Alle dort aufgeführten Alternativen erfordern die Zustimmung der beteiligten Submittenten. Bei einem Mangel an Aufträgen werden die Bewerber den tiefsten Preis anbieten, den ihre betrieblichen Verhältnisse zulassen. Weil die Submittenten in hohem Masse auf die Aufträge angewiesen sind, besteht sogar die Gefahr, dass sie nicht kostendeckende Offerten einreichen.

In Zeiten der Hochkonjunktur ist die Gefahr überhöhter Kartellpreise zweifellos am grössten. Da allenthalben genug Arbeit besteht, werden der Staat bzw. seine Aufträge weniger stark umworben. Das Preisniveau hat schon deshalb steigende Tendenz, weil in einer solchen Situation niemand Lust hat, "Aussenseiter" zu spielen und damit seine eigene Gewinnmarge zu verringern. Es ist daher leicht möglich, dass hier überhöhte Gewinne entstehen.

Festzuhalten ist aber sogleich, dass diese überhöhten Gewinne nur am Rande das Ergebnis kartellistischer Absprachen sind. Hauptfaktor ist hier vielmehr das Gesetz von Angebot und Nachfrage.

Die Botschaft zum KG von 1962 (123) hält fest, dass keine Grundlage für eine *Kartellpreispolitik* geschaffen werden sollte. Es wurde dabei auf die Schwierigkeit der Methodik hingewiesen: Das Spiel von Angebot und Nachfrage werde von derart zahlreichen Faktoren bestimmt, dass es kaum möglich wäre, den Preis, der sich bei freiem Wettbewerb ergäbe, aufgrund von Annahmen zu ermitteln. Es könne dabei zu schwerwiegenden Fehlentscheiden kommen. Der Wettbewerb, der im Rahmen des KG gewährleistet werde,

123 BB1. 1961, Band II, 565/566.

trage überdies dazu bei, künstlichen Preishochhaltungen entgegenzuwirken.

Diese Ansicht scheint mir auch heute noch richtig zu sein. Dennoch hat die Kartellkommission aus KG 20 die Grundlage für eine Preiskontrolle abgeleitet. Preiskontrollen mittels Sonderuntersuchungen gehen nur sehr langsam vor sich. So bezog sich z.B. die Erhebung über den Biermarkt (124), die 1974 publiziert wurde, auf eine Preiserhöhung aus dem Jahre 1971. Eine effizientere Preiskontrolle sieht der Entwurf zum neuen KG vor (125). In den Materialien (126) wird jedoch festgehalten, dass es verfehlt wäre, in den vorgeschlagenen Vorschriften ein nennenswertes Instrument für die Bekämpfung inflatorischer Erscheinungen zu erblicken. Aus dieser Sicht könne es sich lediglich um eine flankierende Massnahme handeln.

Dieser Einwand scheint mir wichtig. Ueberhöhte Kartellpreise sind in erster Linie die Folge eines Nachfrageüberhanges. Dieser ist mit dem allgemeinen wirtschaftspolitischen Instrumentarium zu bekämpfen. Die Preiskontrolle kann hier nur subsidiär von Bedeutung sein; diese wirkt nämlich nicht gegen die Ursachen, sondern nur gegen die Wirkungen des Nachfrageüberhanges.

Hauptaufgabe des KG bleibt m.E. die Gewährleistung des "möglichen Wettbewerbes". Eigentliche Ausbeutungstatbestände sind dagegen als schädlich zu qualifizieren und können zu entsprechenden Empfehlungen (KG 20 II) der Kartellkommission führen.

124 VKK, Band 9 (1974), 407 ff.

125 Art. 37 ff. VE/KG.

126 Schmidhauser, Materialien, 140.

- Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbes und Erhaltung einer im Gesamtinteresse liegenden Struktur des Gewerbes. Zur Konkretisierung des Begriffes der volkswirtschaftlicher oder sozialen Schädlichkeit sind im Rahmen der anzuwendenden Saldotheorie auch die Rechtfertigungstatbestände des Kartellzivilrechtes heranzuziehen (127). In diesem Sinne bezeichnet KG 5 II lit. a die Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbes als ein überwiegend schutzwürdiges Interesse, welches unter den in KG 5 I erwähnten Voraussetzungen kartellrechtlich relevante Vorkehren zu rechtfertigen vermag. Nach der Praxis der Kartellkommission ist der Begriff des lautereren Wettbewerbes im KG gleich zu verstehen wie im BG über den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 30. September 1943 (128). Unlauter ist nach UWG 1 I jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbes durch täuschende oder andere Mittel, die gegen Treue und Glauben verstossen.

Die Kartelle behaupten nun vielfach, dass *Aussenseiter* eine Gefahr für die Lauterkeit des Wettbewerbes darstellen. Das kann in der Tat namentlich dann der Fall sein, wenn diese mit Unterangeboten arbeiten (129). Die Lauterkeit des Wettbewerbes wollen im übrigen auch jene SOen fördern, die die Vergebung im Rahmen des günstigsten Angebotes, unter Ausschaltung der Unterangebote, vorsehen. Submissionskartelle haben daher sicher einmal dort ihre Berechtigung, wo sie versuchen, nicht kostendeckende Preise auszuschliessen (130). Schon die Botschaft

127 Vgl. oben 132 N 118.

128 VKK, Band 12 (1977), 71.

129 Zur Frage, ob die Einreichung eines Unterangebotes stets unlauter ist, vgl. unten 141 ff.

130 Ob dadurch "notwendige Strukturbereinigungen" verzögert oder vereitelt wurden, kann m.E., im Hinblick auf die gute wirtschaftliche Gesamtlage in der Schweiz, verneint werden.

zum KG (131) führte hiezu aus: "Es soll statthaft sein, dass die Kartelle diesbezüglich (i.S. eines unverfälschten Wettbewerbes) eine gewisse Ordnung schaffen, z.B. indem sie sich gegen ein Ueberborden von Zugaben aller Art zur Wehr setzen oder indem sie eine kostengerechte Preiskalkulation (...) verlangen". Im Lichte dieser Erwägung erscheint die These von Sieber, der die Schädlichkeit von Kartellpreisen anhand von Vergleichen zwischen denjenigen der Aussenseiter und des Kartells beurteilen will, umso fragwürdiger (132).

KG 5 II lit. c führt schliesslich die *Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweiges oder Berufes* als Rechtfertigungsgrund kartellistischer Vorkehren auf. Das KG erläutert nicht näher, welche Wirtschafts- oder Berufsstruktur im Gesamtinteresse liegt. Die Literatur ist sich in bezug auf diesen Punkt uneinig. Die Bandbreite der hierüber bestehenden Meinungen kommt etwa bei Schürmann und Merz zum Ausdruck.

Schürmann (133) erklärt in einer m.E. richtigen Würdigung der Norm, KG 5 II lit. c ersetze in gewissem Sinne den fehlenden Öffentlich-rechtlichen Gewerbeschutz: *Selbsthilfemassnahmen* des Gewerbes zur Erhaltung des Marktanteiles und Abwehrmassnahmen gegen die "Grossen" sind zulässig und schutzwürdig.

131 BBl. 1961 II, 585.

132 Sieber, Kriterien, 59. Zwar anerkennt auch Sieber, dass dieses Vorgehen problematisch ist. Doch ist er der Ansicht, dass aufgrund des Fehlens anderer Möglichkeiten nichts anderes übrig bleibe, als nach dem genannten Indiz die Preishöhe zu ermitteln, die unmittelbar nach einer gedachten Aufhebung der Kartellbindung bestehen würde.

133 Schürmann Leo, Kommentar, 91.

Dagegen meint Merz (134), dass KG 5 II lit. c nur angerufen werden könne, falls der ohne Massnahmen drohende Strukturwandel in der betreffenden Branche einen Erdrutsch an sozialen und wirtschaftlichen Konsequenzen nachteiliger Natur mit Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft auslösen müssten.

Es kann nicht bestritten werden, dass die Zerschlagung der Kartelle die Bildung eigentlicher Mamutunternehmen begünstigt; wenn sich die Kleinen eben nicht zusammenschliessen dürfen, so sind sie in einem (reinen) marktwirtschaftlichen System den Grossen unterlegen.

Dass KG 5 II lit. c in dem von Schürmann angegebenen Sinne ausgelegt werden muss, ergibt sich im übrigen auch aus der Botschaft zum KG (135): Im Gesamtinteresse liegt danach eine Strukturförderung etwa dann, wenn sie "eine wünschbare Grössengliederung oder regionale Dezentralisierung der Unternehmen einer Branche, oder auch die Abwehr gegen mächtige ausländische Unternehmungen" anstrebt.

Schliesslich ist auch auf die Meinung von Sieber (136) hinzuweisen, der die Frage der Branchenstruktur letztlich als Problem der ordnungspolitischen Zielsetzung sieht: "Wenn man von einem *mittelständischen Ordnungsideal* ausgeht, wird man den kartellistischen Zusammenschluss als erwünscht erachten, während man diesen, als Anhänger einer Philosophie des Gigantismus als schädlich ansehen wird".

Gerade auch für die Bauwirtschaft, in der es noch hunderte von kleineren und mittleren Unternehmen gibt, die eine entsprechende Versorgung der Bevölkerung, auch in den abgelegensten Landes-

134 Merz Hans, Das Schweizerische Kartellgesetz, 60.

135 BBl. 1961, Band II, 34.

136 Sieber Hugo, Kriterien, 62.

teilen, sicherstellen, ist ein gewisser Zusammenschluss gerechtfertigt. Die Beurteilung der Frage, ob das Kartell im Gesamtinteresse liegt oder ob es sich dabei nur um eine "unzweckmässig aufgezoogene Wirtschaftsstruktur" handelt, die boykottmässig durchgesetzt werden soll, obliegt alsdann der Kartellkommission (137).

- Fazit. Volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit wird im Rahmen des oben 126 ff. dargestellten Submittentenverhaltens, selten angenommen werden dürfen. Der Grundsatz des "möglichen Wettbewerbes" wird durch solche Submissionskartelle nur in Ausnahmefällen durchbrochen werden können. Eine blosser Abschwächung der Wettbewerbsintensität, auch wenn diese erheblich ist, bedeutet für sich allein noch keine kartellrechtlich relevante Schädlichkeit. Ein überhöhtes kartellistisches Preisniveau (Ausbeutungstatbestand) muss im Rahmen der anzuwendenden Saldo-methode allerdings negativ gewertet werden, besonders dann, wenn noch eine erhebliche Verminderung der Wettbewerbsintensität dazukommt. Positiv wird demgegenüber allerdings die durch das Submissionskartell gewährleistete oder verbesserte Lauterheit des Wettbewerbes, insbesondere durch Durchsetzung kostengerechter Preiskalkulation, zu werten sein; ebenso sehr ist m.E. das Element der Betriebsstruktur, i.S. der Erhaltung von Mittel- und Kleinbetrieben, positiv in Rechnung zu stellen. *Die Kartellkommission ist indessen kaum das richtige Gremium, um allfälligen Missbräuchen von Submissionskartellen entgegenzutreten. Dies nicht nur deshalb, weil ihr die erforderliche Sachnähe fehlt, sondern auch (und vor allem) weil ihr Eingreifen zu schwerfällig und zu langsam ist* (138).

Ueberhöhte Kartellpreise können beispielsweise (nur) in einem

137 Vgl. zur "unzweckmässig aufgezoogenen Wirtschaftsstruktur" BGE 86 II 379 ff.

138 Vgl. zur Langsamkeit der Kartellkommission z.B. das auf Seite 135 N 124 dargestellte Beispiel der Sonderuntersuchung über den Biermarkt.

ganz bestimmten Einzelfall vorliegen, so dass ein Handeln im konkreten Fall erforderlich ist. Demgegenüber liegt die Aufgabe der Kartellkommission, zu deren Bewältigung sie nach der Art ihrer Konzipierung auch eher fähig ist, in der längerfristigen "Offenhaltung" der Märkte; es soll generell der Grundsatz des "möglichen Wettbewerbes" verwirklicht werden. *Vergaberecht erscheint mir aber die Verankerung gewisser wettbewerbspolitischer Grundsätze in der SO selbst. Die praktische Durchführung dieser Richtlinien würde alsdann den Vergabebehörden (bzw. den Rechtsmittelinstanzen) obliegen, die sich aber bei der Normanwendung durchaus auch von den dargestellten kartellrechtlichen Ueberlegungen leiten lassen würden.*

In diesem Sinne verleiht z.B. die SO des Kantons Schwyz den Vergabebehörden die Möglichkeit, den Verzicht auf einen Zuschlag zu erklären und zu einer Neuausschreibung zu schreiten, "wenn die Angebote in einer den Wettbewerb ausschliessenden Weise berechnet wurden" (139). In VGE/SZ 506/78 hat das Verwaltungsgericht eine Beschwerde einer Arbeitsgemeinschaft, womit diese eine Neuausschreibung anfechten wollte, in Anwendung der zitierten Bestimmung, abgewiesen. Es stellte sich dabei namentlich heraus, dass die von den Beschwerdeführerinnen offerierten Preise diejenigen, die der beigezogene Experte errechnet hatte, *wesentlich* überstiegen, so dass die Annahme überhöhter Kartellpreise begründet war.

Aus grundsätzlichen Erwägungen wäre es demgegenüber verfehlt, in den SOen Abgebotsrunden vorzusehen (140). In bezug auf die Preisberechnung erscheint aber die Statuierung des *Akteneinrichtungsrechtes* zugunsten der Vergabebehörden bzw. eine (zusätzlich) *Auskunftspflicht* zulasten der Submittenten vertretbar.

139 SO/SZ 19 I.

140 Vgl. dazu oben 44 .

C. Rechtliche Beurteilung von Unterangeboten

Das BG über den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 30. September 1943 (141) stellt quasi das Gegenstück zum Kartellgesetz dar, indem es dafür sorgt, dass der auf einem Markt als gegeben vorausgesetzte Wettbewerb nicht durch treuwidriges Verhalten der Marktteilnehmer überbordnet (142).

Die in UWG I I enthaltene Generalklausel erklärt jeden *Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbes* durch täuschende oder andere Mittel, die gegen Treu und Glauben verstossen, als unlauter. In Absatz II der genannten Bestimmung hat der Gesetzgeber einzelne Beispiele gegeben, die die Subsumtion erleichtern sollen. Dabei ist indessen festzuhalten, dass die *Generalklausel* durchaus im Vordergrund stehen soll und dass eine Praxis, die diese nur zurückhaltend anwenden sollte, dem Sinn des Gesetzes nicht gerecht würde (143). Zur Erfüllung des Tatbestandes des unlauteren Wettbewerbes ist eine entsprechende Absicht nicht erforderlich. Es genügt, wenn die fragliche Preisunterbietung objektiv gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstösst. Festzuhalten ist auch, dass sowohl das UWG wie auch das KG nicht als strukturpolitische Instrumente gebraucht werden dürfen. Die Botschaft zum UWG betont, dass lediglich der Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs und das Recht auf

141 SR 241.

142 Treffend scheint mir diesbezüglich auch die Abgrenzung von Schmidhauser, Der gefährdete Wettbewerb: "Das Verhältnis zwischen dem UWG und dem KG kann in der Weise umschrieben werden, dass die beiden den *möglichen und den notwendigen Umfang* des freien Wettbewerbes bestimmen: Das Kartellgesetz schreitet ein, wo das Wettbewerbsausmass unter ein bestimmtes Minimum absinkt, das BG über den unlauteren Wettbewerb richtet sich gegen ein Uebermass an Wettbewerb" (Auszeichnung durch den Verfasser).

143 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb, in BB1. 94 I (1942) 689.

freie wirtschaftliche Betätigung in den Schranken von Treu und Glauben gewahrt werden sollen (144). *Gewerbepolitisch* motivierte Klagen gegen einen Bewerber fallen somit weg. Das Gesetz bezweckt also nicht, die wirtschaftliche Existenz eines Konkurrenten zu schützen.

Bei der Prüfung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Unterangeboten ist von der *Preisberechnungsfreiheit* des Unternehmers auszugehen. Das wird in Literatur und Rechtsprechung allgemein anerkannt (145).

Grundsätzlich wird das Unterbieten also erst unzulässig, wenn weitere treuwidrige Elemente zum Grundtatbestand hinzutreten. Zu prüfen sein wird allerdings, ob SOen, welche die Unterangebote auszuschliessen versuchen, einen Einfluss auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ausüben.

Es ist zunächst anerkannt, dass die Preisunterbietung, die *durch einen vorangehenden Rechtsbruch erst möglich wurde*, als unlauterer Wettbewerb zu qualifizieren ist (146). Ein solcher Rechtsbruch ist z.B. anzunehmen, wenn ein Wettbewerber *soziales Dumping* betreibt, indem er weniger als die gesamtarbeitsvertraglich vorgeschriebenen Löhne ausbezahlt (UWG 1 II lit. h) und wegen dieser niedrigeren Gestehungskosten Offertpreise vorlegen kann, die der korrekte Unternehmer nicht anzubieten vermag. Die Auffassung, die das Wettbewerbsverhalten nur in diesen Fällen als unlauter qualifiziert, ist m.E. zu eng. Vielmehr ist ein unlauteres Wettbewerbsgebahren auch dann anzunehmen, wenn der Rechtsbruch "nur" in einem Verstoss gegen Submissionsnormen liegt, die Unterangebote als solche untersagen.

144 Die in N 143 zitierte Botschaft, 513 ff.

145 BGE 85 II 450 ff., 71 II 234 ff., 57 II 340, 52 II 370; Germann Oskar Adolf, *Concurrence déloyale*, 282.

146 Rolf P. Jetzer, *Lockvogelwerbung*, 171.

Diese Auslegung des UWG widerspricht der bundesgerichtlichen Ansicht nicht. Das Bundesgericht hat erklärt (147): "Eine Preisunterbietung ist erst dann unzulässig, wenn mit deren Durchführung zugleich unredliche, insbesondere täuschende Mittel (schwindelhafte Reklame, ungerechte Herabsetzung eines Gewerbegenossen oder seiner Erzeugnisse usw.) angewendet werden."

Der Submittent, der ein Unterangebot einreicht, obwohl er aufgrund der Vorschriften der SO weiss oder wissen muss, dass nicht kostendeckende Angebote unzulässig sind, täuscht nicht nur seine Mitbewerber, sondern auch das ausschreibende Gemeinwesen. Insbesondere kann dadurch beim Gemeinwesen auch der unrichtige Eindruck entstehen, die anderen Bewerber würden einen *übermässigen Verdienst* fordern oder seien *weniger leistungsfähig*, wodurch diese in ihrem geschäftlichen Ansehen beeinträchtigt werden können. Mithin muss die Einreichung eines Unterangebotes mindestens dann *stets als unlauter qualifiziert* werden (148), *wenn das Submissionsrecht nicht kostendeckende Angebote ausdrücklich vom Wettbewerb ausschliessen will* (149).

147 BGE 52 II 381/382.

148 Anzumerken ist, dass der Vernehmlassungsentwurf zu einem neuen UWG (NZZ Nr. 132 vom 10. Juni 1980) in einer Variante "wiederholte Tiefpreisangebote, die eine Täuschung über die eigene oder die Leistungsfähigkeit von Mitbewerbern erwecken, verbietet, wobei Täuschung per se vermutet wird, wenn der Verkaufspreis unter dem geschäftsüblichen Einstandspreis liegt. Dem Beklagten steht - auf Grund seines individuellen Einstandspreises - der Entlastungsbeweis zu" (Angeknabberte Preisfreiheit).

149 Obwohl nicht alle Gemeinwesen die Einreichung von Unterangeboten ausdrücklich verbieten, darf doch davon ausgegangen werden, dass die dauernde Berücksichtigung (vgl. oben 40) von nicht kostendeckenden Angeboten überall abgelehnt wird; dies namentlich wegen der sonst eintretenden Konzentrationserscheinungen und der Tatsache, dass nur

Eine grosszügigere Haltung ist ausnahmsweise dann angezeigt, wenn der Unternehmer, der ein Unterangebot eingereicht hat, nachweist, dass sich dieses Vorgehen im konkreten Fall insofern betriebswirtschaftlich rechtfertigen lässt, als ihm der vorübergehende nicht kostendeckende Einsatz eines Teiles seiner Betriebskapazität billiger zu stehen kommt, als sie während dieser Dauer überhaupt nicht beschäftigen zu können. In solchen Fällen darf davon ausgegangen werden, dass das nicht kostendeckende Angebot eine wirtschaftliche Notwehr und nicht eine Kampfmassnahme mit unerlaubten Mitteln darstellt.

Unrichtig ist daher ein Urteil des Verwaltungsgerichtes Schwyz (VGE/SZ 536/79), das bei einem Dumpingtatbestand nur dann unlauteren Wettbewerb annehmen will, wenn dem Fehlbaren zusätzlich "Vernichtungsabsicht" nachgewiesen wird. Nach § 18 SO/SZ sollen offensichtliche Unterangebote vom Wettbewerb ausgeschlossen werden.

Unlauterkeit ist in diesem Falle auch anzunehmen, wenn das submissionsrechtliche Unterangebotsverbot gewerbe- bzw. strukturelpolitisch motiviert ist. Das Eingreifen des UWG geschieht hier nicht deshalb, weil eine bestimmte Gewerbestruktur herbeigeführt werden will, sondern weil die Preisunterbietung als solche rechtswidrig ist.

Vollends unzulässig wird das Unterbieten, wenn neben dem Verstoß gegen das Submissionsrecht im konkreten Fall *weitere sittenwidrige Elemente* hinzutreten. Dies ist besonders für denjenigen Konkurrenten der Fall, der seine wirtschaftliche Macht einsetzt, um durch länger andauernde Unterangebote *schwächere Unternehmer zu vernichten* und damit eine dominie-

vorübergehend mit einer Verbilligung der Bauleistungen gerechnet werden darf (preisliche "Retourkutsche" nach dem Erreichen der Monopolstellung).

rende Marktstellung zu erringen (150).

Da aber Unterangebote grundsätzlich immer unlauter sind, braucht dem Beklagten die Vernichtungsabsicht nicht nachgewiesen zu werden. Auf der anderen Seite steht dem Beklagten natürlich der Entlastungsbeweis zu, wenn er behauptet, dass die strittige Offerte, aufgrund seiner individuellen betrieblichen Kostenstruktur in Wirklichkeit gar kein Unterangebot darstelle. Im Interesse der grundsätzlich unbestrittenen Preisberechnungsfreiheit und einer optimalen Justiziabilität des Sachverhaltes sollten nur *offensichtliche* Unterangebote erfasst werden (151).

I Submissionsordnungen und Unterangebote

Entgegen einer ab und zu geäusserten Ansicht (152), wonach die in den SOen enthaltenen Bestimmungen über den Ausschluss von Unterangeboten (vordergründig) ausschliesslich gegen treuwidriges Wettbewerbsverhalten gerichtet seien, während sie in Wirklichkeit gewerbe- und strukturpolitisch motiviert seien, kann folgendes festgehalten werden: Es trifft zwar zu, dass die fraglichen Submissionsbestimmungen namentlich erlassen wurden, um

-
- 150 Zur Vernichtungsabsicht vgl. auch das oben 144 zitierte Urteil des Schwyzer Verwaltungsgerichtes; im übrigen auch die Meinung von Schluep, Walter R., Lockvogelpreise und Lockvogelmarken im schweizerischen Recht, 83: "Es verstösst gegen Treu und Glauben (und wohl auch gegen die guten Sitten), mit der Existenz von Mitbewerbern zu spielen, um dadurch einen Werbeerfolg zu erzielen".
- 151 Vgl. dazu auch SO/SZ 18; in der Praxis könnte diese Beschränkung etwa dadurch erreicht werden, dass an den Entlastungsbeweis des Beklagten nicht allzu hohe Anforderungen gestellt würden; im übrigen unten 142 N 146.
- 152 Z.B. Michel, 93/94.

unerwünschten Konzentrationserscheinungen entgegenzuwirken und den regional und lokal tätigen Betrieben damit einen gewissen Schutz zu verleihen; die betreffenden Gemeinwesen taten dies aber, wie ich ausführlich dargelegt habe (153), mit vollem Recht. Vorbehältlich einer anderslautenden Vorschrift können also die einschlägigen Submissionsbestimmungen auch dann in vollem Umfang angewendet werden, wenn im konkreten Fall Zweifel an der Unlauterkeit eines Unterangebotes bestehen. Materiell bestehen die submissionsrechtlichen Massnahmen gegen Unterangebote im allgemeinen im Ausschluss aus dem Wettbewerb (154).

II Sanktionen des UWG

Zu unterscheiden sind die zivilrechtlichen- und die strafrechtlichen Rechtsbehelfe. Im Rahmen des hier zu behandelnden Verhandlungsverhältnisses sind wiederum (155) nur die Rechtsbehelfe zu prüfen, die dem Gemeinwesen gegenüber dem unlauter handelnden Unternehmer zustehen. Dabei ist zu bemerken, dass diese Optik für das UWG gerade nicht typisch ist: Es will nämlich vor allem die Lauterkeit des Wettbewerbes unter den Konkurrenten schützen und soll daher den direkt Betroffenen, den Wettbewerbern, in erster Linie dienen.

1. Die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe

UWG 2 II gewährt die zivilrechtlichen Ansprüche auch den "Kunden", sofern sie durch den unlauteren Wettbewerb in ihren wirtschaftlichen Interessen geschädigt sind.

153 Vgl. oben 10 ff.

154 Vgl. oben 38 ff., 140; ebenso unten 194.

155 Wie auch schon bei der kartellrechtlichen Betrachtung, oben 121.

Eine Schädigung der wirtschaftlichen Interessen wird indessen beim Unterangebot nicht angenommen werden können. Die bei Unterangeboten allenfalls bestehende Gefahr schlechter Arbeitsausführung genügt zur Begründung der Aktivlegitimation deshalb nicht, weil das Gesetz eine Schädigung und nicht bloss eine Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen voraussetzt (156). Zudem ist festzuhalten, dass trotz der bei der Gesetzesberatung geäusserten Bedenken, die Bestimmung werde das Land mit Prozessen verseuchen, die Klage des Kunden in der Praxis unbekannt geblieben ist (157).

De lege ferenda könnte allerdings geprüft werden, ob durch entsprechende Revision des UWG dem Gemeinwesen nicht auch ohne Vorliegen einer (tatsächlich eingetretenen) Schädigung in den wirtschaftlichen Interessen ein Klagerecht zugebilligt werden sollte.

Sachlich müssten dabei m.E. der Anspruch auf Feststellung der Widerrechtlichkeit des Unterangebotes in Verbindung mit der Urteilsveröffentlichung und dem Unterlassungsanspruch im Vordergrund stehen.

2. Der strafrechtliche Anspruch

Da UWG 13 II die Berechtigung zur Stellung eines Strafantrages von der Aktivlegitimation i.S. von UWG 2 abhängig macht, entfällt ein diesbezüglicher Anspruch des Staates (158). Die strafrechtliche Sanktion soll, nach dem Willen des Gesetzgebers, bloss der Verstärkung des zivilrechtlichen Schutzes dienen und

156 StenBull. StR 1943, 49.

157 Bruno von Büren, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943, 183 N 52. Dieser Zustand hat sich meines Wissens bis heute nicht geändert.

158 Vgl. oben 146 lit. a.

von dessen Existenz abhängen (159).

III Fazit

Das UWG erlaubt es dem Gemeinwesen de lege lata faktisch nicht, unlautere Unterangebote zu bekämpfen. Aufgrund dieser Sachlage wäre es umso wichtiger, dass die *Berufs- und Wirtschaftsverbände* i.S. von UWG 2 III in diese Lücke springen würden.

UWG 2 III ist denn auch aufgrund von "Kreisen, die dem Schweizerischen Gewerbeverband nahestehen", in das Gesetz aufgenommen worden (160). Die Bestimmung hat m.E. ihre Berechtigung; es muss nämlich befürchtet werden, dass der kleine Gewerbetreibende, der durch unlautere Unterangebote von Grossfirmen geschädigt wird, oft die (eventuell hohen) Kosten eines Zivilprozesses scheut (161).

Es ist mir indessen kein Fall bekannt, in dem ein Berufs- oder Wirtschaftsverband, wegen eines Unterangebotes in einem Submissionsverfahren, von seinem Klagerecht Gebrauch gemacht hätte. Dies war möglicherweise deshalb der Fall, weil zu wenig erkannt wurde, dass Unterangebote gegen das Submissionsrecht verstossen und dass diese Widerrechtlichkeit auch die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit zur Folge hat. Dann aber auch deshalb, weil die Unterangebotssachverhalte, wegen mangelnder *Transparenz* im Submissionsrecht, den Berufs- und Wirtschaftsverbänden gar nicht bekannt werden.

159 BGE 102 IV 152.

160 StenBull. StR 1943, 53.

161 W. Bietenholz, Der unlautere Wettbewerb, 63, hält fest: "Die Berufs- und Gewerbeverbände sind dazu berufen, den Tüchtigen aber finanziell Schwächeren in Schutz zu nehmen und dort einzugreifen, wo in Ermangelung eines Klägers zahlreiche Fälle von unlauterem Wettbewerb ungeahndet bleiben würden".

Schliesslich ist hier noch zu betonen, dass das UWG die Klage unter den Wettbewerbsteilnehmern selbst als "Normalfall" vorsieht. In diesem Rahmen liesse es sich auch denken, dass sich eine Anzahl von Gewerbetreibenden, z.B. die Mitglieder eines Submissionskartelles, gemeinsam (162) zu einer Klage gegen einen "Schmutzkonkurrenten" entscheiden würde. Die Aktivlegitimation der Wettbewerber ist, im Gegensatz zum Kunden (UWG 2 II; oben 147, lit. b) schon dann gegeben, wenn eine blossе Gefährdung des geschützten Rechtsgutes (163) vorliegt. Anstelle der Klage aus UWG kann ein Unterangebot oft auch den kartellzivilrechtlichen Klageanspruch begründen (164). M.E. ist indessen zu empfehlen, die Rechtsfolgen der Unterangebote im Submissionsrecht abschliessend zu regeln (165).

-
- 162 Die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich sieht z.B. in § 40 die einfache Streitgenossenschaft vor. Danach können mehrere Personen gemeinsam als Kläger auftreten, wenn für die Ansprüche das Gericht zuständig sowie die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist und wenn sich die Ansprüche überdies im wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen. Dabei kann jeder Streitgenosse den Prozess auch unabhängig von den anderen führen und das Gericht kann seinerseits den Rechtsstreit jederzeit in mehrere Prozesse trennen.
- 163 UWG 2 I nennt: die Kundschaft, den Kredit oder das berufliche Ansehen, die Schädigung des Geschäftsbetriebes oder sonstige wirtschaftliche Interessen.
- 164 KG 4 I: "Gezielte Preisunterbietung"; vgl. auch Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 287; ebenso Gitbud Leo, Die rechtliche Behandlung der Preisunterbietung nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und der Kartellgesetzgebung in der Schweiz und in Deutschland, 83 - 144.
- 165 Vgl. zur Verankerung kartellrechtlicher Grundsätze im Submissionsrecht, oben 140.

5. Kapitel: DER ZUSCHLAG

Die zentrale submissionsrechtliche Frage, welcher Bewerber den Staatsauftrag erhalten soll, ist Gegenstand dieses Abschnittes.

§ 1 Rechtsnatur des Zuschlages und der anderen submissionsrechtlichen Massnahmen, die die Bewerber berühren

Der für die Verwaltungsrechtspflege massgebliche Verfügungsbegriff ist umstritten.

Das Bundesrecht kennt eine Legaldefinition der Verfügung in VwVG 5 (1). Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich nicht zwingend, dass die behördlichen "Anordnungen" stets hoheitlicher Natur sein müssen; dennoch betrachten die Rechtsprechung (2) und einflussreiche Autoren (3) die Hoheitlichkeit des behördlichen Handelns als Bestandteil des Verfügungsbegriffes. In Anlehnung an diese Anschauungen setzen auch die Kantone, die oft keine Legaldefinition des Verfügungsbegriffes in ihrer Gesetzgebung kennen (4), die Hoheitlichkeit der staatlichen Anordnung als Merkmal der Verfügung voraus.

1 VwVG 5 lautet: "Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben:

- a) Begründung, Aenderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten;
- b) Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten und Pflichten;
- c) Abweisung von Begehren auf Begründung, Aenderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nicht-eintreten auf solche Begehren.

Als Verfügungen gelten auch Vollstreckungsverfügungen (Art. 41 Abs. 1 lit. a und b), Zwischenverfügungen (Art. 45), Einspracheentscheide (Art. 61 und 70), Entscheide im Rahmen einer Revision (Art. 68) und die Erläuterung (Art. 69). Erklärungen von Behörden über Ablehnung oder Erhebung von Ansprüchen, die auf dem Klageweg zu verfolgen sind, gelten nicht als Verfügungen".

2 BGE 101 IV 411, 60 I 369; ZBl. 76, 476; SJZ 71 (1975), 245.

3 Statt vieler: Grisel, 192; Imboden/Rhinow, Nr. 35/B/IIb, 215.

4 Z.B. der Kanton Zürich.

Diese Auffassung stösst in der Literatur indessen auf zunehmende Kritik (5). Tatsächlich erweist sich das starre Festhalten am Hoheitlichkeitserfordernis des Verfügungsbegriffes als *einseitige Orientierung an der Eingriffsverwaltung*; insbesondere wird dadurch der wirtschaftlichen Bedeutung des nichthoheitlichen staatlichen Handelns, gerade etwa bei der öffentlichen Arbeitsvergabe, in keiner Weise Rechnung getragen (6).

Das Begriffsmerkmal der Hoheitlichkeit ist daher durch ein anderes zu ersetzen, welches den vielseitigen Aufgaben des modernen Leistungs- und Sozialstaates besser gerecht wird. Auf das Hoheitlichkeitserfordernis kann umso leichter verzichtet werden, wenn man sich den Grund für dessen Einführung vergegenwärtigt. Als Korrelat zu den obrigkeitlichen Befugnissen des Staates sollte dem Bürger der Rechtsschutz zur Verfügung gestellt werden; die nichthoheitliche Staatstätigkeit beschränkte sich dabei nicht nur auf wenige Bereiche, sondern war auch von geringer wirtschaftlicher Bedeutung. Da die wirtschaftliche Tätigkeit der Privaten demgegenüber jedenfalls bedeutungsvoller war, sah man (zu Recht) nicht ein, weshalb dem Bürger, im Bereiche der leistenden und wirtschaftenden Verwaltung, ein über die privatrechtlichen Mittel hinausgehender Rechtsschutz gewährt werden sollte. Die öffentlichen Submissionen haben heute eine derartige wirtschaftliche Bedeutung (7), dass ein *evidentes Rechtsschutzbedürfnis* des Bürgers nicht mehr bestritten werden kann.

5 Leiggener, 155; Michel, 80; Kölz, VRG-Kommentar, N 47 zu VRG 19.

6 Vgl. dazu oben 2 ff.

7 Insbesondere der öffentliche Tiefbau, vgl. oben 10.

Der Verfügungsbegriff soll daher *alle submissionsrechtlichen Massnahmen erfassen, die die Bewerber berühren, weil diese geeignet sind, in die Rechte der Bürger einzugreifen* (8) : Dass die staatliche Vergabetätigkeit tatsächlich in (verfassungsmässige) Rechte eingreifen kann, hat neuerdings bekanntlich auch das Bundesgericht anerkannt (9) . Die Verfügungsnatur des Arbeitszuschlages selbst braucht unter diesen Umständen nicht mehr besonders begründet zu werden. Dadurch dass insbesondere der Zuschlag als Verfügung qualifiziert wird, ist allerdings *das durch diesen entstehende Vertragsverhältnis* zwischen dem Gemeinwesen und dem ausgewählten Unternehmer m.E. noch in keiner Weise präjudiziert. Diese Konzeption führt in ihrer Konsequenz zu einer Zweiteilung des staatlichen rechtsgeschäftlichen Handelns: Die staatliche Willensbildung und der darauf gründende Entschluss des Gemeinwesens, mit welchem Unternehmer ein Bauvertrag abzuschliessen sei einerseits, und das durch die Aeusserung dieses Beschlusses entstehende Vertragsverhältnis andererseits. Sachlich rechtfertigt sich diese Zweiteilung, weil das Rechtsverhältnis, das der Staat mit dem ausgewählten Bewerber eingeht, nicht mehr zum "Auswahlverfahren", der Submission, gehört (10) und daher auch gesondert betrachtet werden muss (11) . Diese juristische Konstruktion ist nicht neu. Sie hat ihr Vorbild in der deutschen

8 Vgl. dazu auch oben 91 ff.; ebenso Leiggener, 155; Marti Hans, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerden, 43, Kölz, VRG-Kommentar, NN 47/48 zu VRG 19.

9 BGE 102 Ia 533 ff. "Tessiner-Entscheid" und die Kommentierung dieses Entscheides, oben 30 ff. sowie 185 ff.

10 Vgl. zum Submissionsbegriff oben 47 ff., insbesondere 48.

11 Vgl. zum Bauvertrag unten 238 ff.

Zweistufentheorie (12) und der verwandten französischen "théorie des actes détachables" (13) (14).

Diese Theorien haben bisher auf die schweizerische Rechtsprechung fast keinen Einfluss ausgeübt. In der Literatur ist demgegenüber ein gewisser Wiederhall festzustellen; allerdings nimmt auch die Literatur selten ausdrücklich auf diese Theorien Bezug, sondern wendet die aus ihnen gezogenen Schlussfolgerungen vielmehr nur sinngemäss an.

Die Eidgenössische Justizabteilung hat in einem neueren submissionsrechtlichen Gutachten (15) zur Zweistufentheorie Stellung genommen und erklärt: "Dans l'hypothèse où l'on considérerait que l'Etat doit montrer le bon exemple et où l'on voudrait soumettre la décision d'adjudication à un contrôle plus strict (...), il faudrait procéder

12 Vgl. dazu Michel, 78 ff. und die dort zitierten Autoren, insbesondere: Bullinger Martin, Vertrag und Verwaltungsakt, 99 ff.; Wolff Hans J., Verwaltungsrecht, Band I, 102 und Band III, 263 ff.; Zuleeg Manfred, Zweistufige Rechtsverhältnisse bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2231 ff. Vgl. zur Zweistufentheorie im weiteren: Müller, 65 ff.; H.P. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 59 ff. Ipsen gilt als der eigentliche Begründer der Zweistufentheorie. Vgl. auch Schwager Rudolf, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, 74 ff.

13 Michel, 75 und die dort zitierte Literatur.

14 Das Schwyzer Verwaltungsgericht hat in Anwendung der Zweistufentheorie aus SO/SZ 21 eine Zweiteilung des staatlichen Vergabeaktes abgeleitet: "Die Entscheidung darüber, wer den Auftrag und zu welchem Preis ausführen darf, bildet einen Verwaltungsakt (§§ 20 und 22 SO), während die genauen Modalitäten der Auftragsabwicklung in einem privatrechtlichen Vertrag zu regeln sind" (VGE/SZ 1978 Nr. 620).

15 VPB 1976, Nr. 55, 27.

à des revisions du droit positif".

Indessen ist das Gegenteil richtig: Sofern der Verfügungsbegriff in einer den wirtschaftlichen Realitäten Rechnung tragenden Weise ausgelegt wird, drängt sich eine Zweiteilung in der rechtlichen Betrachtung geradezu auf.

Imboden hat sich mit der Zweistufentheorie befasst; er ist aber der Meinung, dass sie für die Schweiz überflüssig ist (16). Leiggener gelangt in seiner Arbeit zwar ebenfalls zu einer Zweiteilung des staatlichen Arbeitsvergabevorganges (17). Er lehnt die Zweistufentheorie aber ab, weil er den Zuschlag und den Vertrag, als seiner Ansicht nach zusammenhängende Elemente, dem gleichen Rechtsgebiet, nämlich dem öffentlichen Recht, unterstellen will.

Demgegenüber stimmt Michel der zweistufigen Betrachtung des staatlichen Vergabevorganges grundsätzlich zu (18).

Auch Marti (19) und Burckhardt (20) stimmen der Zweistufentheorie implizite zu. Schliesslich hat sich auch Kölz (21) zu einer rechtlichen Aufspaltung des Vergabevorganges entschieden: "Würde dieses Merkmal (die Hoheitlichkeit des Ver-

16 Imboden Max, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 160a ff.

17 Leiggener, 180.

18 Michel, 79 N 14.18: "Ainsi nous nous rallions à l'opinion de ceux qui soutiennent, expressément ou non, le principe d'une certaine détachabilité, sans nier que ce choix s'inspire partiellement de considérations de politique juridique".

19 Marti Hans, Die staatsrechtliche Beschwerde, 87 N 136.

20 Burckhardt Walther, Rechtsprechung, 644.

21 Kölz Alfred, VRG-Kommentar, N 47 zu VRG 19.

füfungsbegriffes) konsequent durch öffentlich-rechtlich ersetzt, so träte die Doppelnatur der Auftragsvergebung klarer zutage: Die Entscheidung, wer den Auftrag ausführen darf, ist ein öffentlich-rechtlicher Akt; die genauen Modalitäten der Auftragsabwicklung können als privatrechtlich angesehen werden".

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Arbeitszuschlag und alle submissionsrechtlichen Massnahmen, die die Bewerber berühren (22), Verfügungen im Rechtsinne darstellen (23) und dass diese Tatsache die Rechtsnatur des darauf gründenden Rechtsverhältnisses zwischen dem Staat und dem privaten Unternehmer in keiner Weise präjudiziert.

-
- 22 Hier kann beispielsweise der Verzicht auf einen Arbeitszuschlag (weil etwa das Ausschreibungsverfahren kein befriedigendes Ergebnis gezeitigt habe oder weil der Staat auf das Vorhaben nunmehr überhaupt verzichten möchte) genannt werden. Gleiches gilt z.B. auch für den Fall, dass die Vergebungsbehörde einen Bewerber aus einem bestimmten Grunde gar nicht zum Wettbewerb zulässt oder diesen nachträglich aus dem Kreise der Submittenten ausschliesst. Vgl. auch etwa die sehr instruktive Rechtsprechung des Schweizer Verwaltungsgerichtes, oben 192 ff.
- 23 Vgl. neustens auch das Bundesgericht, in ZBl. 81 (1980), 226 ff., sowie Galli.

§ 2 Sanktionen gegen die am Vergebungsverfahren
beteiligten Personen

A. Disziplinarische Verantwortung der Vergabebeamten

Obwohl das Disziplinarrecht eine gewisse Verwandtschaft zum Strafrecht (24) aufweist, sind die Unterschiedlichkeiten doch sehr zahlreich. Die Verwandtschaftlichkeit liegt namentlich in der Pflicht zur gemeinsamen Beachtung gewisser elementarer Rechtsgrundsätze; Imboden/Rhinow (25) nennen das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage (26), das Vorliegen einer persönlichen Schuld und den Anspruch auf vorherige Anhörung - zusätzlich könnte noch die gemeinsame Anwendung der Untersuchungsmaxime genannt werden.

Gerade aber etwa in der Frage, wann überhaupt eine Sanktion auszusprechen ist, unterscheidet sich das Disziplinarrecht vom Strafrecht. Es ist unbestritten, dass disziplinarische Massnahmen stets im Hinblick auf den Zweck des Disziplinar-

24 Zum Disziplinarrecht vgl. im übrigen: Keller Dieter, Das neue Disziplinarrecht der Stadt Zürich - Vom Disziplinarstrafrecht zum Disziplinar-massnahmerecht, 185 ff.; Grisel André, 267 ff.; Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 54; Hangartner Yvo, Reform des Beamtendisziplinarrechtes, 425 ff.

25 Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 54/B/III, 317.

26 An das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage werden allerdings im Disziplinarrecht weniger hohe Anforderungen gestellt als im Strafrecht. Es ist insbesondere unmöglich, jeden Disziplinarfehler genau vorauszusehen; "die Verhängung einer Disziplinarstrafe hat daher nur dann zu unterbleiben, wenn der Betroffene in guten Treuen annehmen durfte, er verstösse mit seinem Verhalten nicht gegen die Disziplinarordnung" (BGE 98 Ib 306).

rechtes zu verhängen sind; dies gilt sowohl für die Frage, ob überhaupt eine Massnahme Platz zu greifen habe, wie auch für diejenige nach *der Art* der Sanktion. Disziplinarische Massnahmen bezwecken die Gewährleistung der verwaltungsmässigen Funktionsfähigkeit und den Schutz des in die Verwaltung gesetzten Vertrauens (27).

Diese Zwecke sind gefährdet, wenn *Disziplinarfehler* begangen werden. Dementsprechend umschreibt das Personalrecht der Stadt Zürich (28) den Disziplinarfehler wie folgt (Art. 73 II): "Als Disziplinarfehler gilt jede Verletzung von Dienstpflichten, die geeignet ist, den ordnungsgemässen Gang, das Ansehen oder die Vertrauenswürdigkeit der Stadtverwaltung fühlbar zu beeinträchtigen" (29).

Der Begriff des Disziplinarfehlers ist nunmehr für das staatliche Vergabewesen näher zu bestimmen. Bei der Besprechung der Interessen, die bei der öffentlichen Arbeitsvergabe im Spiele stehen, zeigte es sich, dass "richtige" Vergabung stets einen Ausgleich dieser Interessen anstrebt (30). Konkretisiert wird dieser Interessenausgleich durch die SOen in Verbindung mit den verfassungsmässigen Grundsätzen. Dabei spielt die Verfassung (31) eine umso grössere Rolle, je schlechter die anwendbare

27 ZHVGr. 1963, Nr. 38; 49, ebenso BGE 98 Ib 306, 97 I 835, 83 I 309, 73 I 290; Grisel, 267.

28 Verordnung über das Dienstverhältnis der Arbeitnehmer der Stadt Zürich vom 1. September 1976, in Kraft seit dem 1. Januar 1978.

29 Das Bundesgericht (BGE 73 I 291) hat den Disziplinarfehler als eine Verletzung der Pflichten definiert, die dem Unterworfenen kraft seiner besonderen Stellung obliegen.

30 Vgl. dazu oben 10 ff., insbesondere 45.

31 Bzw. die aus ihr abgeleiteten allgemeinen Prinzipien verwaltungsmässigen Handelns, vgl. oben 91 ff.

SO ausgestaltet ist (32) und bildet dort allein Massstab der Vergabepolitik, wo keine SO besteht oder wo Submissionsbestimmungen dem Grundgesetz selbst widersprechen (33).

Die Vergabebehörde, als vollziehendes Staatsorgan, ist an diese Grundsätze gebunden (34).

Es fragt sich nun, wie die "Abweichungen" von diesen Grundsätzen beschaffen sein müssen, um im Einzelfall disziplinarische Massnahmen auszulösen. Es ist angezeigt, nur dann disziplinarische Massnahmen zu verhängen, wenn ein Verhalten vorliegt, welches eine "fühlbare Beeinträchtigung" (35) der disziplinarischen Ziele zur Folge hat. Der Verstoss gegen das Submissionsrecht (36), als Inbegriff der Dienstpflicht des Vergabebeamten, muss *offensichtlich* sein. Wann dies der Fall ist, muss dem Ermessen der zuständigen Stelle überlassen bleiben.

Dies ist ein Ausfluss des, im Disziplinarrecht geltenden,

32 Vgl. oben 92 I.

33 Vgl. oben 93 II.

34 Vgl. oben 92 ff., 95 ff.

35 Vgl. die oben 157 zitierte Definition des Disziplinarfehlers im Personalrecht der Stadt Zürich; auch nach dieser Bestimmung soll das Disziplinarrecht erst dann eingreifen, wenn eine "fühlbare" Beeinträchtigung der Disziplinarzwecke eingetreten ist. Diese Einschränkung erfolgt aus der richtigen Ueberlegung, dass ein disziplinarisches Vorgehen gegen einen Beamten auch stets negative Nebenwirkungen hat. Vgl. im übrigen auch 159 N 38.

36 Der Begriff des Submissionsrechtes ist im Sinne eines umfassenden Verweises auf alle Quellen öffentlichen Arbeitsvergaberechtes zu verstehen; darunter fallen insbesondere die Verfassung und die Regeln der SOen, vgl. auch oben 79 ff.

Opportunitätsprinzipes (37) (38), welches auch zu einer starken Berücksichtigung des bisherigen dienstlichen Verhaltens des Beschuldigten führt. Der Grundsatz der Gewaltenteilung bewirkt im weiteren, dass das Disziplinarrecht als verwaltungsinternes Massnahmerecht unabhängig von allfälligen strafrechtlichen Erkenntnissen ausgeübt werden kann (BGE 96 I 773 E. 4). Eine Disziplinar-massnahme kann daher auch verhängt werden, wenn der Strafrichter einen Freispruch ausfällte bzw. überhaupt noch nicht entschieden hat; demgegenüber kann von einer solchen abgesehen werden, wenn eine strafrechtliche Verurteilung erfolgte. Aus Gründen der Rechtssicherheit weicht die Verwaltungsbehörde aber nicht ohne Not von einer durch den Strafrichter *beurteilten* (!) Frage ab (39).

-
- 37 BGE 73 I 291; das Opportunitätsprinzip überlässt es dem (pflichtgemässen) Ermessen der Behörde, ob ein Disziplinarverfahren überhaupt einzuleiten oder fortzusetzen sei; vgl. auch Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 54, 317.
- 38 Art. 73 III der neuen Verordnung über das Dienstverhältnis der Arbeitnehmer der Stadt Zürich (Personalrecht: PR) vom 1. September 1976 enthält z.B. eine gewisse Abweichung vom Opportunitätsprinzip, indem Disziplinarfehler nicht nur geahndet werden können, sondern zu ahnden sind. Dies ist zur Wahrung der Rechtsgleichheit innerhalb der Stadtverwaltung und zur Vermeidung von Willkür im Verlauf der Gesetzesberatung für nötig befunden worden (vgl. dazu Keller, Das neue Disziplinarrecht der Stadt Zürich, 200). Diese Beschränkung des Opportunitätsprinzipes ist m.E. zu begrüßen. Die Geschmeidigkeit des Disziplinarrechtes wird trotz dieser Einschränkung dadurch erreicht (bzw. erhalten), dass ein Disziplinarfehler nur dann angenommen wird, wenn durch ihn eine *fühlbare* Beeinträchtigung des ordnungsgemässen Ganges, des Ansehens oder der Vertrauenswürdigkeit der Stadtverwaltung eintritt. Damit wird für leichtere Fälle insofern ein Ermessensspielraum geschaffen, als vorerst entschieden werden muss, ob das Disziplinarrecht auf den konkreten Fall überhaupt angewendet werden kann.
- 39 Weitere Differenzierung in BGE 96 I 774/775 E. 5. Zum Weiterzug von Disziplinarentscheiden *gegen Vergabebeamte*

B. Submissionsrechtliche Sanktionen gegen fehlbare Unternehmer

Da sich das Disziplinarrecht grundsätzlich nur an Personen richtet, die entweder innerhalb der Verwaltungshierarchie stehen (40) oder Benützer staatlicher Einrichtungen sind (41), findet es keine Anwendung auf die Submittenten.

Einerseits gibt es vergaberechtliche Sanktionsnormen (42), die nach ihrer Ausgestaltung in der SO nur dann zwischen den Parteien gelten, wenn sie *lex contractus* geworden sind (z.B. die in SO/ZH 20 lit. e vorgesehene Konventionalstrafe). Diese submissions-

sei hier noch auf die *Regelung im Bunde und im Kanton Zürich* hingewiesen. Nach dem Ausschöpfen der verwaltungsinternen Beschwerdemöglichkeiten steht dem Bundespersonal gegen Disziplinarentscheide die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht zur Verfügung. Dies allerdings mit Ausnahme der geringfügigen Disziplinarstrafen des Verweises, der Busse des Entzuges von Fahrvergünstigungen und der Einstellung im Amte bis zu fünf Tagen (OG 100 lit. e Ziff. 4). Im Kanton Zürich unterliegen die schwersten Disziplinar massnahmen (die Entlassung, die Einstellung im Amte und die Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis der Behördemitglieder und der öffentlichen Angestellten von Staat und Gemeinden, VRG 74/75) dem Rekurs an das Verwaltungsgericht (VRG 74-80). Gegen die Verhängung von mildereren Disziplinar massnahmen kann gestützt auf VRG 19 ff. in Verbindung mit VRG 4 II lit. b Rekurs an den Bezirksrat (dies für die Disziplinarentscheide von Gemeindebehörden; für die Disziplinarentscheide der anderen Behörden entfällt die Anrufung des Bezirksrates), gegen dessen Entscheidung Rekurs an den Regierungsrat als letzte kantonale Instanz erhoben werden. Vgl. dazu auch Eduard Bosshart, Zürcherische Verwaltungsrechtspflege, § 77 N 4.

40 Eine Ausnahme hievon bildet etwa die Anwendung des Disziplinarrechtes auf Anwälte.

41 Z.B. die Prozessparteien oder die Universitätsstudenten.

42 Vgl. dazu auch oben 68.

rechtlichen Massnahmen (im uneigentlichen Sinne) folgen verfahrens- und materiellrechtlich den Regeln über den Bauvertrag (43).

Andererseits gibt es aber auch submissionsrechtliche Sanktionsnormen, die von der Vergabebehörde einseitig angeordnet werden können (z.B. SO/ZH 14: Sperre von Arbeitsvergebungen).

Wird der Bürger etwa von künftigen Arbeitsvergebungen ausgeschlossen, so entzieht ihm die Verwaltung sein Recht, sich im Rahmen des Submissionsrechtes um den Staatsauftrag zu bewerben (44); die Verwaltung greift damit in die Rechte des Bürgers ein - dies setzt eine klare gesetzliche Grundlage voraus (45).

Wird eine submissionsrechtliche Sanktion aufgrund einer Rechtsnorm ausgesprochen, die keine genügende gesetzliche Grundlage darstellt, so darf sie nicht durchgesetzt werden; geschieht dies trotzdem, so begeht die Verwaltung eine Verletzung von BV 4 (46). Es ist daher zu fordern, dass *der Gesetzgeber* die Anordnungsvoraussetzungen und den Inhalt der vergaberechtlichen Sanktionsnormen festlegt (47).

43 Zur verfahrensrechtlichen Behandlung des Bauvertrages, vgl. unten 225 ff.: "Kompetenzattraktion"; zum materiellen Recht, das auf den Bauvertrag Anwendung findet, vgl. unten 244 ff.

44 Vgl. zum Recht auf den Arbeitszuschlag unten 174 ff., insbesondere 176 f. Das Recht des Bürgers, sich, im Rahmen des Submissionsrechtes um den Staatsauftrag zu bewerben, folgt, als Grundvoraussetzung für die vergaberechtliche Gleichbehandlung, jedenfalls schon aus der Verfassung (BV 4).

45 Grisel, 164 und die dort zitierte Judikatur: BGE 90 I 39; 88 I 34 ff.: vgl. dazu auch oben 79 ff.

46 Zur Grundrechtsgeltung im Submissionsrecht, vgl. oben 95 f., unten 183 ff.

47 Vgl. auch oben 83-88.

Verfahrensrechtlich stellen solche Verfügungen submissionsrechtliche Zwischenentscheide dar, die den allgemeinen Regeln über den Weiterzug unterliegen (48).

Auch wenn sich ein Submittent sowohl straf- als auch submissionsrechtlich vergeht (dies trifft z.B. für den Fall einer aktiven Bestechung zu) (49), bleibt für die Anordnung der vergaberechtlichen Sanktionen ausschliesslich die Verwaltung zuständig (50).

C. Strafrechtliche Sanktionen

In BGE 101 IV 407 ff. hat das Bundesgericht entschieden, der Arbeitszuschlag an einen privaten Unternehmer könne den Tatbestand von StGB 312 (Amtsmissbrauch) nicht erfüllen, weil auch die Vergabung durch ein Staatsorgan keine Aeusserung hoheitlicher Gewalt darstelle. Ungetreue Amtsführung (StGB 314) könne dem zuständigen Vergabeorgan nur dann vorgeworfen werden, wenn es durch das Rechtsgeschäft selbst und dessen rechtliche Wirkungen öffentliche Interessen finanzieller oder ideeler Art vorsätzlich schädige.

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob dieser Rechtsauffassung beigespflichtet werden kann.

I Amtsmissbrauch, StGB 312

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt der Begriff der Amtsgewalt (StGB 312) voraus, dass der Täter von der ihm von Amtes wegen zustehenden hoheitlichen Gewalt Gebrauch macht

48 Vgl. über den Weiterzug von Submissionsverfügungen, unten 214 ff.

49 Zur strafrechtlichen Beurteilung des Tatbestandes der aktiven Bestechung, vgl. unten 172 f.

50 Die Vergabebehörde steht der Sache näher als der Strafrichter.

und dass er in Anwendung dieser Gewalt verfügt oder zwingt, wo es nicht geschehen dürfte (51).

Das Bundesgericht qualifiziert im weiteren eine staatliche Willensäusserung nur dann als Verfügung im Rechtssinne, wenn diese in Anwendung hoheitlicher Gewalt erging (52). Insofern stimmen die höchstrichterlichen Anforderungen an den Begriff der "Verfügung" und denjenigen der "Amtsgewalt" überein. Dass dem so ist, ergibt sich im übrigen auch aus dem bereits zitierten Bundesgerichtsentscheid selbst (BGE 101 IV 470 E. 1): Das Bundesgericht wendet sich dabei ausdrücklich gegen die Ansicht des Strafgerichtes und der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug, wonach der Arbeitszuschlag eine "Verfügung sei und damit Anwendung der Amtsgewalt darstelle".

Entgegen der bundesgerichtlichen Ansicht ist der staatliche Arbeitszuschlag indessen als Verfügung im Rechtssinne zu qualifizieren (53). Es ist also zu prüfen, ob daraus folgt, dass dessen Anwendung auch als Ausübung von Amtsgewalt angesehen werden muss. Zu diesem Zweck ist der Legalbegriff auszulegen. Das Ziel der Auslegung besteht darin, "den wohlverstandenen, wirklichen Sinn einer Vorschrift zu ermitteln" (54); obwohl

51 BGE 101 IV 410 E. 1; 99 IV 13 ff.; 88 IV 70; 76 IV 285 E. 1.

52 Vgl. eingehendere Ausführungen zur bundesgerichtlichen Konzeption über die Rechtsnatur des Arbeitszuschlages, unten 183 ff.

53 Vgl. die Begründung zu dieser These oben 150 ff.

54 Schultz Hans, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechtes, 85.

die Rechtsprechung bei der Auslegung von Erlassen vom Methodenpluralismus ausgeht, herrscht heute nach richtiger Auffassung die objektiv-zeitgemässe Auslegungsmethode vor (55).

Dabei verbietet der im Legalitätsprinzip enthaltene Grundsatz von "nulla poena sine lege" nicht, eine ausdehnende Auslegung eines strafrechtlichen Tatbestandes vorzunehmen, wenn dies vom wirklichen Sinn und Zweck der Norm gefordert wird (56); BGE 96 IV 18 E. 3a bezeichnet es sogar als "abwegig", eine solche Auffassung abzulehnen.

Zunächst ist, im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen, kein Grund dafür ersichtlich, weshalb dem Begriff der Amtsgewalt eine andere Bedeutung zuzumessen ist als demjenigen der Verfügung im Rechtsinne. Das Bundesgericht ist in Anwendung der objektiv-zeitgemässen Auslegungsmethode aber insofern zu kritisieren, als es sich zu stark dem Merkmal der Hoheitlichkeit verpflichtet fühlt (57). Massgebend ist demgegenüber *die praktische Bedeutung der fraglichen Verwaltungstätigkeit*; diese ist auf dem Gebiete der öffentlichen Arbeitsvergabe bekanntlich sehr gross (58). Rechtstaatliche Erwägungen fordern den Einbezug der Leistungsverwaltung, insbesondere des Submissions-

55 BGE 91 I 103; Schultz Hans, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechtes, 85; Imboden/Rhinow Nr. 20/B/I, 130.

56 BGE 95 IV 73 E. 3a; 90 IV 187 E. 6; ZBJV 106 (1970), 329 Ziff. 1a.

57 Dies ist ein Ausfluss aus der veralteten Meinung, wonach nur die Eingriffsverwaltung Rechte des Bürgers verletzen kann.

58 Vgl. dazu oben 2 ff.

rechtes, in den formellen Rechtsschutz. Thormann/von Overbeck (59) haben den Begriff der Amtsgewalt in ihrem Kommentar zu StGB 312 bereits 1941 als "Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen" umschrieben.

Es rechtfertigt sich daher, gleich wie bei der Verfügung, auch beim Begriff der Amtsgewalt auf das Merkmal der Hoheitlichkeit (60) zu verzichten, weshalb als Fazit festgehalten werden kann, dass der *Arbeitszuschlag im Submissionswesen die Ausübung von Amtsgewalt im Sinne von StGB 312 darstellt*.

Als *Tathandlung* setzt StGB 312 einen Missbrauch der Amtsgewalt voraus: Missbrauch liegt nach Logoz vor "*lorsqu'il (der Täter) use d'une façon non permise de ses pouvoirs officiels...*" (61) Stratenwerth fordert zur Erfüllung des Missbrauchsbegriffes "*eine zweckwidrige Ausübung der Amtsgewalt, wobei diese von sachfremden Motiven geleitet sein muss*" (62); das sachfremde Motiv ist aber ein subjektives Tatbestandselement und gehört nicht zur Tathandlung als solcher.

Es ist zu prüfen, wann eine "zweckwidrige", "unerlaubte" Handhabung des Submissionsrechtes einen Missbrauch der Amtsgewalt darstellt.

Zunächst ist Hafter insoweit beizustimmen, als der Gesetzgeber durch das Wort "Missbrauch" einen ziemlich vagen und weiten

59 Ph. Thormann und A. von Overbeck, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, N 3 zu StGB 312, 451; a.M. Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht, 634 und die dort zitierten Autoren.

60 Vgl. oben 150 ff. die eingehende Begründung, weshalb auf das Erfordernis der Hoheitlichkeit verzichtet werden sollte.

61 Logoz Paul, Commentaire du Code Pénal Suisse, N 4 zu StGB 312, 750.

62 Stratenwerth, 634.

Begriff geschaffen hat (63). Zweckwidrig ist eine Auftragsvergebung, wenn die submissionsrechtlichen Ziele missachtet werden. Das ist z.B. dann der Fall, wenn ein Auftrag dem Unternehmer A zugeschlagen wird, obwohl es bei pflichtgemässer Ermessensausübung ohne weiteres einleuchten müsste, dass der Unternehmer B ein "günstigeres" (64) Angebot eingereicht hat. Amtsmissbrauch kann aber auch bei Verletzung anderer submissionsrechtlicher Grundsätze vorliegen (65). So wird der im öffentlichen Vergaberecht fundamentale Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt, wenn ein bestimmter Unternehmer, dessen Offerten zwar nicht ungünstiger aber auch nicht günstiger sind als diejenigen seiner Konkurrenten, *dauernd* bevorzugt wird. Eine gerechte Abwechslung unter den Bewerbern ist eine Hauptvoraussetzung für die Erhaltung einer Vielzahl von Klein- und Mittelbetrieben. Sofern die zuständigen Vergabeorgane trotz Verwarnung mit der einseitigen Berücksichtigung gewisser Unternehmen fortfahren, rechtfertigt sich m.E. die Annahme eines Amtsmissbrauches.

Gerade im Hinblick auf die hohe Strafdrohung von StGB 312 (Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis) ist es indessen angezeigt, bei der Annahme eines Amtsmissbrauches Zurückhaltung zu üben.

Als echtes *Sonderdelikt* kann Amtsmissbrauch nur von "Mitgliedern einer Behörde oder Beamten" begangen werden. Das Vergabeorgan wird stets von dieser Täterumschreibung erfasst werden (66); demgegenüber kann der (private) Submittent keinen Amtsmissbrauch

63 Hafer Ernst, Schweizerisches Strafrecht, 833.

64 Zum Begriff des günstigsten Angebotes, vgl. oben 38; ebenso für die Justiziabilität dieses Begriffes die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes des Kantons Schwyz, unten 192 ff.

65 Vgl. dazu auch oben 91 ff.

66 Thormann/von Overbeck, N 2 der Vorbemerkungen zu StGB 312 - 322 und N 9 zu StGB 312. Gl.M. BGE 81 IV 290 E. 3:

begehen. Teilnehmer kann indessen auch ein Nichtbeamter sein; diesbezüglich gilt StGB 24 ff. (67).

Der *subjektive Tatbestand* erfordert (nach allgemeiner Regel) *Vorsatz*; eine bloss verfehlte Einschätzung des Sachverhaltes würde den Täter unter den Schutz von StGB 19 I stellen. Angesichts des nicht sehr klaren Begriffes des Amtsmissbrauches (oben 165) kommt indessen dem subjektiven Tatbestand als Abgrenzungskriterium erhöhte Bedeutung zu.

Der Täter muss mit der *Absicht* handeln, "sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder einem anderen einen Nachteil zuzufügen". Dabei muss es sich "nach

Der behandelte Sachverhalt bezieht sich zwar nicht auf den Amtsmissbrauch - doch können die angestellten Ueberlegungen hier analog angewendet werden. Das Bundesgericht will StGB 26 nicht auf den nicht qualifizierten Teilnehmer anwenden. StGB 26 erfasse nur die "persönlichen" Verhältnisse des Teilnehmers - nicht die "sachlichen" Umstände: "Sachliche Umstände unterscheiden sich von den persönlichen dadurch, dass sie nicht die Besonderheit des Täters kennzeichnen, sondern die objektive Schwere der Tat verändern. Bei den *Amtsdelikten* erhöht nicht die Beamteneigenschaft als solche die Strafbarkeit; es ist vielmehr der Umstand, dass sie unter missbräuchlicher Verwendung der dem Beamten vom Staate verliehenen Amtsgewalt begangen werden. Die mittels solcher Befugnisse verübte Urkundenfälschung verletzt nicht nur das Vertrauen der Oeffentlichkeit in die Echtheit der Urkunden, sondern auch das besondere Vertrauen, das sie den Amtshandlungen des Staates entgegenbringt und ebenso sehr das Interesse des Staates an einer zuverlässigen Amtsführung seiner Beamten. Die Untat des Beamten ist objektiv schwerer und wirksamer als diejenige des Nichtbeamten; es ist deshalb der in StGB 317 geforderte besondere Umstand ein sachlicher und folglich billig, dass auch der Anstifter schwerer bestraft wird."

- 67 Vgl. die Legaldefinition des Beamten in StGB 110 Ziff. 4, die weit gehalten ist; vgl. im übrigen Stratenwerth, 633: "Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 91 IV 73) genügt zur Erfüllung des *Beamtenbegriffes* die Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen; Hoheitlichkeit der Tätigkeit ist nicht erforderlich."

allgemeiner Auffassung" (68) nicht um Vermögensinteressen handeln - im Submissionswesen werden indessen zumeist geldwerte Interessen betroffen sein. Das Absichtserfordernis kann insbesondere dann erfüllt sein, wenn der Arbeitsvergebung *sachfremde Motive* zugrunde liegen. Das ist z.B. dann der Fall, wenn ein Vergebungsbeamter einen Unternehmer, der ihm nicht genehm ist, "ruinieren" möchte, indem er ihm alle Staatsaufträge vorzuenthalten versucht. Auf der anderen Seite ist das Absichtserfordernis auch dann erfüllt, wenn der Täter einen bestimmten Unternehmer bevorzugt, weil er beispielsweise selbst mit der fraglichen Firma verbunden ist oder weil er dem Unternehmer aus anderen Gründen einen Vorteil zuwenden möchte. Unter den *Gesetzeskonkurrenzen* ist namentlich diejenige zur passiven Bestechung (StGB 315) von praktischer Bedeutung. Die herrschende Lehre lässt StGB 312 als *lex generalis* zum Bestechungstatbestand zurücktreten (69) ; dieser Lehre ist zuzustimmen.

II Ungetreue Amtsführung, StGB 314

In BGE 101 IV 407 ff. prüft das Bundesgericht auch die Frage, ob der Tatbestand der ungetreuen Amtsführung im Submissionsverfahren Anwendung finden kann.

Nach Ansicht des Bundesgerichtes setzt der Tatbestand voraus, dass "*gerade durch das Rechtsgeschäft selber* (welches der Täter im Rahmen seiner amtlichen Tätigkeit abzuschliessen hat) und dessen rechtliche Wirkungen öffentliche Interessen geschädigt werden" (70).

68 Stratenwerth, 635 und den dort zitierten BGE 99 IV 14.

69 Logoz, N 7 zu StGB 312; Schwander Vital, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Nr. 778; Thormann/von Overbeck, N 10 zu StGB 312; Die Zweifel von Stratenwerth, 635, vermögen demgegenüber nicht zu überzeugen.

70 BGE 101 IV 411 E. 2: Auszeichnung und Beifügung durch den Verfasser.

Dabei soll der Strafrichter nach den bundesgerichtlichen Erwägungen nur eingreifen, wenn die Vergabebehörde ihr Ermessen in bezug auf die Günstigkeit des Geschäftes offensichtlich überschritten hat. Bei dieser Beurteilung des Tatbestandes stellt sich die Frage der *Gesetzeskonkurrenz* zum Amtsmissbrauch. Thormann/von Ovenbeck (71) nehmen unechte Gesetzeskonkurrenz an; StGB 314 ist danach *lex specialis* und schliesst die Anwendung von StGB 312 aus. Gleicher Meinung ist Logoz (72). Stratenwerth geht nicht auf die Frage ein.

Nach der Praxis des Bundesgerichtes ist dann unechte Konkurrenz anzunehmen, "wenn der eine Tatbestand nicht mit allen einzelnen Merkmalen, wohl aber wertmässig dem Verschulden und Unrecht nach, im anderen enthalten ist, so dass die eine Bestimmung die andere konsummiert" (73).

Dass die ungetreue Amtsführung im Tatbestand des Amtsmissbrauches enthalten ist, kann nicht bestritten werden (74). Die höhere Strafdrohung beim Amtsmissbrauch ist namentlich ein Ausfluss aus dem früher vorherrschenden Hoheitlichkeitsdenken; wegen des umfangreichen Ausbaues der Leistungsverwaltung lässt sich eine solche Konzeption, wie ich an anderer Stelle eingehend darlege (75), nicht mehr rechtfertigen; die (faktische) Machtentfaltung der Leistungsverwaltung, gerade auf dem Gebiete der Submission, kann heute mit derjenigen der hoheitlichen Verwal-

71 Thormann/von Overbeck, N 7 zu StGB 315.

72 Logoz, N 6 zu StGB 314.

73 Schultz, 122 und die dort zitierten Entscheide: BGE 97 IV 33 E. 2a, 91 IV 213.

74 Vgl. oben 166, wo der Abschluss eines nicht optimal günstigen Rechtsgeschäftes ausdrücklich als Anwendungsfall des Amtsmissbrauches genannt wird.

75 Vgl. dazu oben 150 ff.

tung verglichen werden (76) - ein Rechtsschutz des Bürgers ist bei ersterer nicht minder erforderlich als bei letzterer (77). Man kann sich unter diesen Umständen fragen, ob dem Tatbestand der ungetreuen Amtsführung überhaupt noch eine praktische Bedeutung zukommt oder ob StGB 314 de lege ferenda nicht ersatzlos aus dem Gesetz gestrichen werden sollte.

III Bestechungstatbestände

Im 18. Titel des Strafgesetzbuches über die strafbaren Handlungen gegen die Amts- und Berufspflichten finden sich die zwei als Sonderdelikte ausgestalteten Tatbestände des "sich bestechen lassens" (StGB 315) und der "Annahme von Geschenken" (StGB 316). Dagegen ist der Tatbestand der (aktiven) Bestechung (StGB 288) im 15. Titel über die strafbaren Handlungen gegen die öffentliche Gewalt geregelt.

1. Strafbarkeit der Vergabebehörden

a. Annahme von Geschenken, StGB 316

Das Strafgesetzbuch ist in bezug auf die Bestechlichkeit der Beamten und Behördemitglieder zu Recht streng.

Auch wenn ein Vergabebeamte im Hinblick auf eine *nicht pflichtwidrige* künftige Arbeitsvergebung ein Geschenk oder einen anderen ihm nicht gebührenden Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, kann er sich strafbar machen (78).

76 Zur wirtschaftlichen Bedeutung des Submissionswesens, vgl. oben 2 ff.

77 Vgl. zur Zweistufentheorie oben 152 ff. : Schliesst der Staat mit einem Privaten einen privatrechtlichen Vertrag ab, so ist dazu, als Vorbedingung, u.a. ein entsprechender staatlicher Willensentschluss erforderlich; dieser stellt eine Verfügung im Rechtssinne dar - er unterliegt justizmässiger Kontrolle.

78 Stratenwerth, 639: "Bereits der Anschein der Korruption genügt also".

Die Tatbestandsvollendung von StGB 316 ist also weit vorgelegt; schon das bloße "Fordern" eines Vorteils ist passive Bestechung (BGE 77 IV 49). Dabei ist weder erforderlich, dass der andere auf die Forderung eingeht (79), noch dass der Vergabebeamte *ausdrücklich* fordert - es genügt, wenn sich eine solche Forderung aus den Umständen ergibt (80). Als "Geschenk" oder "Vorteil" qualifizieren Praxis und Doktrin nicht nur geldwerte Leistungen, sondern alle dem Täter nicht gebührenden Vergünstigungen, also auch solche ideeller Natur (81); es genügen einzig solche Geschenke nicht, die nach der Verkehrssitte gegeben werden. Der Vergabebeamte muss den Vorteil für eine künftige Amtshandlung fordern, annehmen oder sich versprechen lassen; "die nachträgliche Zuwendung bleibt straflos" (82) (83). Sie kann aber dennoch zur Ausfällung einer Disziplinarstrafe führen (84).

Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz. Die Teilnahme beurteilt sich nach allgemeinen Regeln (85).

79 Stratenwerth, 640.

80 Es ist auch nicht nötig, dass der Beamte dem Unternehmer zu erkennen gibt, er werde ihn, im Falle einer "Belohnung", in einer ganz bestimmten Vergebung begünstigen - es genügt, wenn er zu erkennen gibt, "allgemein für die Zukunft zu einer dem Versprechenden günstigen Geschäftserledigung bereit sein" (BGE 71 IV 147) - gleichgültig ist auch, wer die Initiative ergreift (BGE 77 IV 48 E. 2).

81 Stratenwerth, 640; Hafter, 756; Logoz, N 3a zu StGB 315; Thormann/von Overbeck, N 7 zu StGB 315.

82 Stratenwerth, 640.

83 Der Begriff der Zuwendung ist hier nicht sehr genau; massgeblich ist vielmehr, ob der Grund für die Zuwendung nachträglich gesetzt wurde oder nicht.

84 Zu den Disziplinarmaßnahmen, vgl. oben 156 ff.

85 Thormann/von Overbeck, N 5 zu StGB 316; a.M. Stratenwerth, 641.

b. Sich bestechen lassen, StGB 315

StGB 315 ist ein qualifizierter Fall der Annahme von Geschenken. Der Tatbestand ist bis auf das Erfordernis einer *pflichtwidrigen* Amtshandlung genau gleich ausgestaltet.

Pflichtwidrig handelt der Vergabebeamte, wenn er die submissionsrechtlichen Grundsätze (86) verletzt bzw. einen Vorteil für eine solche Handlung fordert (87). Hat der Täter infolge der Bestechung die Amtspflicht verletzt, so wird er schärfer bestraft (StGB 315 II). Für den Fall, dass im amtpflichtwidrigen Verhalten zugleich eine andere Straftat liegt, nehmen Stratenwerth (88) und Thormann/von Overbeck (89) echte Konkurrenz an; anders Hafter (90), der dafürhält, dass die Amtspflichtverletzung in StGB 315 II schon genügend berücksichtigt sei (91).

2. Strafbarkeit des Unternehmers

Mit Gefängnis, eventuell in Verbindung mit Busse, wird bestraft, wer einem Mitglied einer Behörde, einem Beamten (...) ein Geschenk oder einen anderen Vorteil anbietet, verspricht, gibt oder zukommen lässt, damit er seine Amts- oder Dienst-

86 Vgl. oben 91 ff.

87 Die übrigen Tathandlungsvarianten decken sich mit denjenigen von StGB 316, vgl. dazu oben 170 N 78.

88 Stratenwerth, 643.

89 Thormann/von Overbeck, N 14 zu StGB 315.

90 Hafter Ernst, Schweizerisches Strafrecht, 760.

91 Für weitere Angaben über die strafrechtlichen Tatbestände verweise ich auf die einschlägigen Lehrbücher und Kommentare, insbesondere: Stratenwerth, 639-643; Thormann/von Overbeck, Kommentar zu StGB 315/316; Logoz, Kommentar zu StGB 315/316; ferner die bei Stratenwerth zitierten Dissertationen von O. Feldmann, Die Bestechungsdelikte und W. Peter, Die Bestechung im Schweizerischen Strafrecht. Die Kontroverse, ob für den Tatbestand von StGB 315 keine

pflicht verletze (StGB 288). Dass das öffentliche Vergabeorgan in den Kreis der zu bestechenden Personen fällt, kann nicht bezweifelt werden. Der Begriff des Vorteils (bzw. Geschenkes) ist mit demjenigen von StGB 315/316 identisch (92).

StGB 288 ist nur Gegenstück zu StGB 315, nicht zu StGB 316:

Die Hingabe von Geschenken für eine rechtmässige Amtshandlung ist straflos (93). Der angebotene (...) Vorteil ist also dann tatbestandsmässig, wenn er eine *submissionsrechtswidrige Behandlung des Täters bezweckt und dieser Zweck dem Vergabeorgan bekannt gegeben wird* (94). Vollendet ist das Delikt aber auch dann, wenn die Vergabestelle nicht im Sinne des Täters handelt. Ob die angestrebte *submissionsrechtswidrige Amtshandlung selbst* eine strafbare Handlung darstellt, ist für den Tatbestand von StGB 288 unerheblich; stellt die submissionsrechtswidrige Amtshandlung tatsächlich eine strafbare Handlung dar, "so steht die Beteiligung an diesem Delikt selbständig neben der aktiven Bestechung nach StGB 288" (95).

Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz.

eigentliche Amtshandlung erforderlich sei, weil schon das als "pflichtwidriges Ausnützen der amtlichen Stellung" erscheinende Handeln genüge, oder ob die fraglichen Handlungen "innerhalb der Amtsbefugnisse des Amtsträgers" liegen müssen (Stratenwerth, 642/643), kann hier offen bleiben: Bei einer submissionsrechtswidrigen Arbeitsvergabeung stellt sich diese Frage nicht.

92 Vgl. dazu oben 171.

93 Thormann/von Overbeck, N 6 zu StGB 288.

94 Der Zweck kann ausdrücklich oder konkludent "bekannt gegeben" werden.

95 Stratenwerth, 645.

§ 3 Frage des Anspruches auf den Staatsauftrag

Das ist die zentrale Frage in jedem Submissionsverfahren, unabhängig davon, ob der Bauherr nun ein öffentlicher oder ein privater ist. Die Problematik darf aber für die beiden Fälle nicht in gleicher Weise gelöst werden.

Anders als der Private, der, in den Schranken des Gesetzes, willkürlich handeln darf, müssen die staatlichen Akte objektiv richtig sein; sie müssen rational nachprüfbar und demzufolge kontrollierbar sein. Die Mittel, die der Staat bei Arbeitsvergaben auslegt, gehören der Allgemeinheit. Nur wenn dieses Geld zu einer optimalen Verwirklichung aller in den SOen verfolgten Zwecke eingesetzt wird, erfüllen die zuständigen Staatsorgane ihre Aufgabe richtig. Schwierig wird die Gewichtung der im Spiele stehenden Interessen für den Vergabebeamten dort, wo keine SO besteht; eine erhebliche Unsicherheit besteht aber auch dort, wo die SO keine genügend klare (justiziable) Vergabegrundsätze liefert (96). In solchen Fällen ist (als Notlösung) in verstärktem Masse auf die allgemeinen Prinzipien verwaltungsmässigen Handelns zurückzugreifen (97).

A. Anspruch aufgrund des Kartellgesetzes

Aufgrund des KG besteht zulasten nachfragemächtiger Gemeinwesen eine gewisse Kontrahierungspflicht (98).

96 Keine genügenden Anhaltspunkte liefern insbesondere all jene SOen, die keine genauen Kataloge über die Vergabekriterien liefern.

97 Vgl. zum Kodifizierungserfordernis, oben 45; zur postulierten Erlassform, oben 83 ff.

98 Vgl. dazu oben 109 ff., insbesondere 118.

B. Anspruch aufgrund des Submissionsrechtes

Zur Prüfung dieser Frage sind insbesondere die SOen heranzuziehen. Fraglich ist zunächst, ob das Problem, je nachdem, ob die anwendbaren Submissionsbestimmungen als Rechtssatz zu qualifizieren sind (99) oder nicht, verschieden gelöst werden muss.

Die Untersuchung kann sich auf jeden Fall auf diejenigen Bestimmungen beschränken, bei denen eine Aussenwirkung festgestellt werden konnte (100); Bestimmungen, die die Unternehmer in keiner Weise berühren, können auch keine Ansprüche für diese enthalten.

Sofern Submissionsbestimmungen, trotz ihrer Aussenwirkungen, nur Verwaltungsverordnungen (101) sind, kann aus ihnen kein Anspruch abgeleitet werden (102). Damit kann indessen die Betrachtung der Rechtslage noch nicht ihr Bewenden haben. Die Verwaltung darf ihre Vergabepolitik nicht auf Rechtsgrundlagen stützen, die, wie ich (oben 80 f.) gezeigt habe, die Bewerber berühren, aber weder vom Gesetzgeber erlassen wurden noch auf einer gültigen Gesetzesdelegation beruhen (103). Damit würde

99 Vgl. oben 79 ff.

100 Vgl. oben 72 ff.; Aufzählung der Submissionsnormen mit Aussenwirkungen im "Obwaldner Entscheid", 79, N 78.

101 Vgl. oben 82.

102 Rechtsprechung und Doktrin sind sich hier einer Meinung; statt vieler: Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 9/B/II, 53: "Verwaltungsverordnungen stellen keine Rechtssätze dar und vermögen deshalb beim Bürger weder Rechte noch Pflichten zu begründen"; ebenso etwa BGE 99 Ib 422, wo die Frage, ob aus Dienstanweisungen Ansprüche auf öffentlich-rechtliche Zuwendungen des Bundes i.S. von OG 99 lit. h gestellt werden können, verneint wird.

103 Vgl. dazu oben 81/82 und N 87; ebenso Grisel, 164: "Encore faut-il, cependant, que la règle soit édictée ou bien par le constituant, ou bien par le législateur fédéral ou

sie das Legalitätsprinzip verletzen, dem alles staatliche Handeln untersteht(104). Die Rechtslage ist hier letztlich gleich, wie in denjenigen Fällen, in denen keine SO besteht: *Die Ver-gabeorgane können ihr Handeln nicht auf die SO abstützen, son-der'n müssen gleichsam auf eine genügende gesetzliche Regelung "durchgreifen"*. Da ein Gesetz fehlt, bleibt nur noch die Ver-fassung. Es ist mithin die Verfassung daraufhin zu untersuchen, ob sich aus ihr positive Ansprüche auf den Arbeitszuschlag ab-leiten lassen(105) .

Anders ist die Rechtslage dort, wo die Submissionsbestimmungen mit Aussenwirkungen, als *Rechtssätze* qualifiziert werden kön-nen (106); dies ist nur dann der Fall, wenn sie den Erforder-nissen demokratischer Normsetzung entsprechen. Sofern diese Bestimmungen genügend ausführlich sind, werden die verfassungs-rechtlichen Prinzipien verwaltungsmässigen Handelns gültig und definitiv in diesen Normen konkretisiert (107). Allenfalls be-stehende Ansprüche auf positive Leistung aus den Freiheits-rechten haben nur noch dann eine selbständige Bedeutung, wenn sie inhaltlich über die in den SOen gewährleisteten Bewerber-rechte hinausgehen.

Festzuhalten ist aber, dass die SOen de lege lata *keinen di-rekten Anspruch auf den Arbeitszuschlag* enthalten; im Vorder-

cantonal, ou encore par un organe exécutif ou en vertu d'une délégation législative, soit enfin par une autorité communale sur la même base ou dans le domaine d'activité propre de la commune (BGE 88 I 34 ff.)".

104 Grisel, 165 und die dort zitierten Entscheide: BGE 90 I 323, 71 I 197, ZBl. 70, 277.

105 Vgl. dazu unten 178 ff.

106 Vgl. oben 82.

107 Sofern der Bundesgesetzgeber die Norm erlassen hat, kann das Bundesgericht diese nicht einmal mehr auf ihre Ver-fassungsmässigkeit hin überprüfen (BV 113 III).

grund steht im Gegenteil das administrative Ermessen der Vergabebehörde(108). Diese Rechtslage ist wohl auch zu billigen. Dagegen kann sich ein Anspruch auf den Arbeitszuschlag aus einer ganzen Reihe von Bestimmungen *mittelbar* ergeben.

Der Bürger hat einen unbedingten Anspruch auf Einhaltung aller Submissionsbestimmungen, die ihn berühren.

Aus der korrekten Einhaltung kann sich nun in vielen Fällen ein Anspruch auf den Arbeitszuschlag ergeben. So hat das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz die Beschwerde eines einheimischen Submittenten gutgeheissen und eine ergangene Vergebungsverfügung aufgehoben. In den Erwägungen führt das Verwaltungsgericht dazu aus:

"Zusammenfassend ergibt sich, dass die sekundären Vergabekriterien gemäss § 16 II Submissionsverordnung in stark überwiegendem Masse für die Berücksichtigung der Beschwerdeführerin sprechen, weshalb die angefochtene Arbeitsvergebung aufzuheben ist, nachdem die Submissionsverordnung zwingend vorschreibt, dass bei annähernd gleich günstigen Angeboten diese Kriterien zu beobachten sind. Die angefochtene Vergebungsverfügung ist deshalb aufzuheben und, nachdem keine weiteren annähernd gleich günstigen Angebote vorliegen, wird die Vorinstanz eine Vergebung an die Beschwerdeführerin vorzunehmen haben" (109).

Ein Anspruch auf den Arbeitszuschlag kann der übergangene Bewerber z.B. auch geltend machen, wenn er dartun kann, dass der berücksichtigte Submittent ein Unterangebot eingereicht hat, obwohl die SO solche Offerten ausschliessen will. In einem solchen Fall kann der Auftrag natürlich nur dann dem Beschwerde-

108 BGE 89 I 279; VPB 1976, Nr. 55; 23, Ziff. 3; Dreyer, 50; Truninger, 62 ff., 70; Leiggenger, 89,91; Michel, 85.

109 Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Schwyz vom 20. August 1979, VGE/SZ 79 Nr. 551.

führer zugeschlagen werden, wenn er innerhalb der kostendeckenden Angebote (110), die günstigste Offerte eingereicht hat. Im weiteren kann sich ein Anspruch auf den Arbeitszuschlag z.B. dann ergeben, wenn die Vorschriften über das günstigste Angebot nur vom Beschwerdeführer eingehalten worden sind. Schliesslich kann sich auch dann die Rückgängigmachung einer Arbeitsvergebung aufdrängen, wenn das Verfahren nicht ordnungsgemäss eingehalten wurde oder wenn das behördliche Ermessen in pflichtwidriger oder sonst in einer, dem Sinn und Zweck der Rechtsgrundlage widersprechenden Weise, ausgeübt wurde (111).

C. Anspruch aufgrund von Freiheitsrechten

Nach verbreiteter Ansicht (112) beinhalten die verfassungsmässigen Freiheitsrechte nur negative Rechte des Bürgers gegenüber dem Staat (Grundrechte als reine Abwehrrechte). Dieses "subjektiv-defensive" (113) Grundrechtsverständnis ist heute indessen nicht mehr so unbestritten wie noch vor einigen Jahren. Vielmehr wird ein Ausbau des freiheitlichen Geltungsbereiches in zwei Richtungen angestrebt.

Erstens ist von der sog. Horizontalwirkung der Grundrechte die Rede. Hier wird dem Staat die Aufgabe zugewiesen, zu verhindern, "dass die verfassungsrechtlich gewährleisteten Institutionen, vor allem die persönliche Freiheit selbst, durch das Verhalten ~~privater~~ Machsträger unterwandert, ausgehöhlt oder ausgeschaltet werden" (114). In unserem Zusammenhang interessiert dieser Aspekt

110 Zu dem (relativen) Begriff des kostendeckenden Angebotes, vgl. oben 38 ff.; unten 194 ff.

111 Vgl. dazu auch Leiggener, 164; im weiteren die auch in anderer Hinsicht vorbildliche submissionsrechtliche Praxis des Verwaltungsgerichtes des Kantons Schwyz, unten 192 ff.

112 Trachsel, 10 ff. vermittelt eine entsprechende Zusammenstellung von Autoren, vgl. insbesondere Trachsel, 10 N 4.

113 Saladin, 323.

114 Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 136.

indessen nicht.

Vielmehr ist hier der aus den Grundrechten abgeleitete Anspruch auf positive Staatsleistungen von Bedeutung. Von einem "institutionellen Grundrechtsverständnis" (115) her, erscheint die rein negatorische Deutung des Grundrechtsgehaltes tatsächlich unhaltbar (116).

M.E. können denn auch etwa die Grundsätze der Handels- und Gewerbefreiheit nicht verwirklicht werden, wenn der Staat bei seinen Arbeitsvergebungen ungerecht verfährt, indem er z.B. einen Bewerber grundlos bevorzugt.

Ein wichtiger Ausgangspunkt zur Frage positiver Staatsleistungen aus Freiheitsrechten bildet namentlich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum *gesteigerten Gemeingebrauch*. Das Bundesgericht sieht in der Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch (117) an einer öffentlichen Sache eine positive Leistung

115 Der "Institutionsgedanke" geht auf Maurice Hauriou, La Théorie de l'Institution et de la Fondation, zurück. Danach wird den Grundrechten durch blossen Verzicht auf staatliches Gebieten und Verbieten nicht Genüge getan; dazu ist vielmehr erforderlich, dass die gesamte Rechtsordnung darauf angelegt wird, die Verwirklichung ihrer Grundrechtsideen anzustreben. Der Grundgedanke einer freien Eigentumsordnung muss sich ebenso in der Ordnung des Familien-, des Sachen-, des Erb- und des Obligationenrechtes offenbaren wie etwa im Bereich des öffentlichen Bau- und Raumplanungsrechtes oder des Steuerrechtes; und an den verschiedenen Leitgedanken, die, nach heutiger Deutung, der "persönlichen Freiheit" zugrunde liegen, haben sich weite Teile des Straf-, des Zivil-, des Strafprozess- und des Verwaltungsverfahrensrechtes, ebenso aber auch etwa Hausordnungen von Straf- und Erziehungsanstalten zu orientieren (Saladin, 295/296). Eingehend zur institutionellen Darstellung der Grundrechte nun auch Trachsel, 99 ff., insbesondere auch seine Literaturzusammenstellung zur Institutionenlehre, Trachsel, 100 N 17.

116 Saladin, 323.

117 BGE 73 I 216.

des Staates: "Es hiesse das Wesen der Handels- und Gewerbefreiheit als eines Freiheitsrechtes verkennen, wollte man aus ihr den Anspruch auf positive Leistung des Staates (...) ableiten" (118). Obwohl das Bundesgericht nach dieser Rechtsprechung keinen Anspruch auf positive Leistungen anerkennen wollte, prüfte es die Beschwerde unter dem Gesichtswinkel von BV 4: "Aus dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV aber hat das Bundesgericht nicht frei zu prüfen, ob die von einer kantonalen Behörde angerufenen öffentlichen Interessen die Verweigerung der Bewilligung wirklich rechtfertigen, sondern lediglich, ob es sich um öffentliche Interessen ernsthafter Natur handelt, deren Berücksichtigung sich mit sachlichen Gründen vertreten lässt" (119). Diese Rechtsprechung ist m.E. zu Recht kritisiert worden. Nach Saladin (120) geht es nicht an, die staatliche Hoheit über öffentliche Sachen als "ein Stück ursprünglicher und uneingeschränkter staatlicher Machtvollkommenheit" anzusehen. Zutreffend scheint mir auch der Einwand von Marti, der die Berücksichtigung der HGF bei der Prüfung über die Erteilung einer Bewilligung zu gesteigertem Gemeingebrauch fordert: "Je einschneidender das (Benützungs-) Verbot, desto gewichtiger müssten auch die strassenpolizeilichen Gründe sein, um ein Verbot zu rechtfertigen" (121).

Aufgrund der in N 120 und 121 genannten Kritik hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung denn auch überprüft. Die höchstgerichtliche Rechtsprechung vertritt nunmehr die Ansicht, die Benützung öffentlichen Grundes für erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten könne unmittelbar gestützt auf die HGF verlangt werden, sofern diese *Benützung im Rahmen der Zweckbestimmung der*

118 BGE 73 I 216.

119 BGE 73 I 216.

120 Saladin Peter, Unerfüllte Bundesverfassung, 323; im weiteren: Hans Huber, Rechtsprechung 1947, 49 ff.; Ernst Abderhalden, Rechtsprechung 1947/48, 210; derselbe, Rechtsprechung 1951, 148; Saladin Peter, 323.

121 Hans Marti, Wirtschaftsfreiheit, 140 ff.

öffentlichen Sache liege (BGE 101 Ia 481 E. 5b).

Faktisch führte dieser Entscheid insofern zu einer Kognitions-erweiterung als das Bundesgericht bei Streitigkeiten um Benützungsbewilligungen von der Willkürüberprüfung zur grundsätzlich freien Ueberprüfung wechselte (E. 5 lit. c).

Wichtig ist aber, dass das Bundesgericht mit seiner Praxisänderung nicht eigentlich den Anspruch des Bürgers auf positive Staatsleistungen aus Grundrechten bejahen wollte; vielmehr schloss es sich der Ansicht von Grisel(122) an, wonach gesteigerter Gemeingebrauch nicht immer eine positive staatliche Leistung voraussetze, sondern "une simple tolérance de la part de l'Etat" (E. 5 lit. b) darstelle.

Die dargestellte Praxis erweckt den Eindruck, als wollte sich das Bundesgericht von der rein negatorischen Betrachtungsweise der Grundrechte lösen, ohne das Kind vorläufig beim Namen zu nennen(123). Jedenfalls ist klar, dass die Bewilligungspraxis selbst im Lichte der Freiheitsrechte zu erfolgen hat (124).

In einem Entscheid vom 17. März 1976 (125) hatte sich das Bundesgericht u.a. zur Frage grundrechtlicher Ansprüche der Bewerber

122 Grisel, 301.

123 Vgl. dazu auch Trachsel, 11: "Es wäre verfehlt anzunehmen, das Bundesgericht sei in seiner Rechtsprechung immer nur von einem subjektiv-defensiven Grundrechtsverständnis ausgegangen. (...) Verbaliter hat das Gericht diesen Schritt (die Anerkennung staatlicher Leistungspflichten, die direkt aus Grundrechten abgeleitet werden) allerdings noch nicht nachvollzogen".

124 Vgl. dazu auch Imboden/Rhinow, Nr. 118/B/III/lit. c, 830.

125 BGE 102 Ia 533 ff.: "Tessiner Fall"; vgl. dazu auch oben 30 ff. und unten 185 ff.

bei der Vergabe öffentlicher Arbeiten zu äussern. Es erklärte:

"Lo Stato non è tenuto a creare occasioni di attività nel campo economico. Il commerciante o l'imprenditore la cui offerta non è tenuta in considerazione in sede di aggiudicazione di acquisti o lavori pubblici non è leso nella sua libertà di commercio e d'industria" (E. 10 lit. b).

Damit hat das Bundesgericht nochmals ganz deutlich zu verstehen gegeben, dass es bei der (rein) negatorischen Betrachtungsweise der Freiheitsrechte bleiben will. Indem das Bundesgericht allerdings auf die Rüge eines Berufsverbandes eintritt, die Ordnung des Submissionswesens im Kanton Tessin verletze u.a. BV 31, bringt es aber dennoch zum Ausdruck, dass *im Submissionsverfahren grundrechtlich geschützte Interessen der Bewerber auf dem Spiele stehen* (126).

M.E. wäre es, zumindest für das staatliche Vergabewesen, nicht zweckmässig, aus den Freiheitsrechten einen direkten Anspruch des Bürgers auf den staatlichen Arbeitszuschlag ableiten zu wollen. Dagegen kann sich ein solcher, wie schon aus den SOen (127), indirekt auch aus der Anwendung der Grundrechte ergeben (128). Das ist z.B. der Fall, wenn das in BV 31 enthaltene Gleichbehandlungsgebot der Gewerbetreibenden (129) im konkreten Vergabefall verletzt wird.

-
- 126 Vgl. dazu Jörg P. Müller, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1977, 122; ebenso Galli.
- 127 Vgl. oben 176 ff.; Trachsel, 258 lit. f.
- 128 Zur Grundrechtsbindung des Gemeinwesens im Submissionsverfahren, vgl. oben 95 f.
- 129 Vgl. dazu oben 34.

Entscheidend ist einfach, dass bei der Beurteilung submissionsrechtlicher Fragen dem *Sinn und Zweck* der Grundrechte Rechnung getragen wird und daher eine allfällige Freiheitsrechtsverletzung auf Beschwerde hin tatsächlich geprüft wird (130).

§ 4 Rechtsschutz der Submittenten

A. Rechtsprechung des Bundesgerichtes und die Gutachtenspraxis der Eidgenössischen Justizabteilung

I. Die zur Verfügung stehenden Bundesrechtsmittel

Für die Ueberprüfung der Rechtmässigkeit submissionsrechtlicher *Erlasse und Entscheide* sind auf Bundesebene die staatsrechtliche Beschwerde, die Verwaltungs- und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde massgeblich. Für die selbständige *Anfechtung* von Erlassen steht nur die staatsrechtliche Beschwerde zur Verfügung (OG 84 I); die Verwaltungs- und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde richten sich gegen Verfügungen (VwVG 1 und 5; OG 97) (131).

Demgegenüber ist die staatsrechtliche Beschwerde subsidiär, wenn die behauptete Rechtsverletzung mit einer Klage oder einem Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer anderen Bundesbehörde gerügt werden kann (OG 84 II).

In der im folgenden darzustellenden vergaberechtlichen Praxis werde ich die einzelnen Rechtsmittel deshalb nicht gesondert betrachten, weil die sich jeweils stellenden Probleme weitgehend identisch sind. Sodann hat sich die Eidgenössische Justizabteilung der submissionsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtes angeschlossen, weshalb sich auch diesbezüglich keine gesonderte Besprechung aufdrängt.

130 Vgl. dazu unten 203 ff.

131 Die in VwVG 73 bezeichneten kantonalen Erlasse, die Gegenstand einer Verwaltungsbeschwerde bilden können, sind im hier zur Diskussion stehenden Zusammenhang nicht von Bedeutung.

II. Die Praxis im Einzelnen

Aufgrund seiner ständigen Rechtsprechung ist das Bundesgericht auch in einem neueren Entscheid nicht auf eine *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* eingetreten, die eine Arbeitsvergebung zum Gegenstand hatte. Dies, weil der *Zuschlag kein staatlicher Hoheitsakt* sei, "sondern nur der Abschluss eines *privatrechtlichen* Vertrages mit einem Bewerber und die Ablehnung der *Offerten* der übrigen Bewerber" (132).

Weil daher der Zuschlag keine Verfügung darstelle, sei weder eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde noch, so die Eidgenössische Justizabteilung (133), eine *Verwaltungsbeschwerde an eine Bundesbehörde* möglich. Nach einem neueren Bundesgerichtsentcheid (134) sind nun aber "*die dem Zuschlag vorangehenden Massnahmen*" als Verfügungen zu qualifizieren.

Weil aber der Zuschlag selbst nach wie vor nicht als Verfügung qualifiziert wird, tritt das Bundesgericht auch nicht auf *staatsrechtliche Beschwerden* gegen konkrete Arbeitsvergebungen

132 BGE 103 Ib 157 E. 2 lit. b; 91 I 187; 89 I 278; 60 I 366.

133 VPB 40/1976 Nr. 55, 26/27.

134 ZBl. 81 (1980), 226 ff.; ebenso Galli. Im zitierten Entscheid war allerdings nur zu prüfen, ob das Walliser Verwaltungsgericht zu Recht oder zu Unrecht die Zulässigkeit des von den Beschwerdeführern gewählten Rechtsweges verneint hatte; demgegenüber musste das Bundesgericht auf die verfahrensleitenden Anordnungen als solche nicht eintreten (E. 1a). Das Bundesgericht musste also seine Rechtsprechung zur staatlichen Arbeitsvergabe *nicht überprüfen*; es konnte die staatsrechtliche Beschwerde wegen formeller Rechtsverweigerung gutheissen. Die Aussage, dass es sich bei den verfahrensleitenden submissionsrechtlichen Anordnungen um Verfügungen handle (E. 2b), beinhaltet aber doch einen Ueberprüfungsanspruch: Verfügungen unterliegen stets der Rechtskontrolle. Der zitierte Entscheid könnte also zu einer Ueberprüfung der bundesgerichtlichen Praxis im Submissionsrecht führen.

ein (135). Möglich sei bloss eine *Anzeige an die Aufsichtsbehörde* (136).

M.E. hat das Bundesgericht mit BGE 102 Ia 533 ff. nun aber dadurch, dass es auf eine staatsrechtliche Beschwerde, die mit der Verletzung von Grundrechten begründet wurde, eingetreten ist und die verfassungsrechtlichen Fragen materiell geprüft hat, implizite anerkannt, dass die Freiheitsrechte bei der staatlichen Arbeitsvergabe verletzt werden können (137). Früher ist das Bundesgericht, neben dem bereits erwähnten Grund, auf solche staatsrechtlichen Beschwerden nicht eingetreten, weil es auch *die Aktivlegitimation der Beschwerdeführer verneinte*. In BGE 89 I 279/280 hat das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation deshalb verneint, weil *kein Rechtsanspruch des Submittenten auf den Arbeitszuschlag bestünde*. Zur Rüge der Verletzung öffentlicher Interessen oder von Rechtsätzen, die dem Beschwerdeführer kein eigenes Recht einräumten (z.B. organisatorische Vorschriften), sei der Bürger aber nicht befugt.

Präzisiert wurde diese Rechtsprechung durch BGE 98 Ia 653 ff. Ein rechtlich geschütztes Interesse wird hier dann angenommen, wenn die in Frage stehende Vorschrift zum Schutze des einzelnen Bürgers aufgestellt wurde bzw. diesem einen Rechtsanspruch einräumt, nicht aber, wenn sie bloss organisatorischer Natur, also

135 Vgl. dazu z.B. BGE 60 I 369.

136 Vgl. dazu die in N 132 zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtes, ebenso für die Eidgenössische Justizabteilung das in N 133 zitierte Gutachten.

137 Vgl. zur Bedeutung der Freiheitsrechte bei der staatlichen Arbeitsvergebung, oben 95 f., 178 ff.

im öffentlichen Interesse aufgestellt worden ist (a.a.O., 654). Das Bundesgericht verneint alsdann auch das Recht des Beschwerdeführers, die richtige Einhaltung der Verfahrensvorschriften zu rügen. Dadurch, dass diese Vorschriften allein im öffentlichen Interesse aufgestellt worden seien, habe der Beschwerdeführer bloss ein *tatsächliches* Interesse an ihrer Einhaltung. Die Verletzung eines solchen könne aber nicht geltend gemacht werden (98 Ia 654).

In diesen beiden Entscheiden lässt das Bundesgericht, im Gegensatz zum oben erwähnten BGE 102 Ia 533 ff., erkennen, dass es die Grundrechte in diesem Bereich nicht als involviert betrachtet: Wenn gesagt wird, dass die fraglichen Vorschriften den Bürger überhaupt nicht berühren, weil er an ihrer Einhaltung nur "tatsächlich" interessiert sei, so umfasst diese Aussage natürlich auch die Grundrechte. M.E. hat daher das Bundesgericht mit BGE 102 Ia 533 ff. eine bedeutsame Präzisierung der Praxis vollzogen, diese aber (eigenartigerweise) nicht als solche gekennzeichnet.

Der Entscheid hat denn auch in der Literatur wenig Beachtung gefunden. Soweit ich sehe, hat nur *Jörg P. Müller* diesem Entscheid eine weiterreichende Bedeutung zugemessen: "Mit diesem Eintretensentscheid könnte eine Oeffnung vollzogen sein, die endlich zur Ueberprüfung der Praxis führt, wonach bei öffentlichen Arbeitsvergebungen keine Grundrechte verletzt sein können" (138).

Michel (139) hat den Entscheid in seiner Besprechung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung über die Rechtsmittel des abgewiesenen Bewerbers nicht einmal genannt. Ebensowenig ist der Entscheid bei Marti (140) berücksichtigt. Der in italienischer Sprache veröffentlichte Bundesgerichtsentscheid wurde auch nicht in der "Praxis des Bundesgerichtes" übersetzt.

Durch die mit BGE 102 Ia 533 ff. eingeleitete Praxis ist aber die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde für den abgewiesenen Bewerber noch nicht gegeben; dagegen besteht nämlich noch das Hindernis der rechtlichen Qualifizierung des Zuschlagess. Bekanntlich (141) betrachtet das Bundesgericht diesen (noch) nicht als kantonalen Hoheitsakt (142) i.S. von OG 84. Demgegenüber müsste aufgrund des Tessiner-Entscheides (143) zumindest *die staatsrechtliche Beschwerde gegen den Erlass (kantonalen und kommunalen) Submissionsbestimmungen zulässig sein*, wenn diese Aussenwirkungen zeitigen und der Beschwerdeführer behauptet, sie würden seine verfassungsmässigen Rechte verletzen. Im Tessiner Entscheid hat das Bundesgericht nämlich eingeräumt, dass das angefochtene Rundschreiben des Regierungsrates die rechtlich geschützten Interessen der Mitglieder des

139 Michel, 70 - 88.

140 Hans Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde (mit Berücksichtigung (!) der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bis zum 1. August 1978), 4. Auflage, 1979.

141 Vgl. oben 184.

142 Ebensowenig als Verfügung i.S. von VwVG 5, auch wenn es sich um eine Arbeitsvergebung in Anwendung von Bundessubmissionsrecht handelt.

143 BGE 102 Ia 538, insbesondere E. 1 lit. d.

beschwerdeführenden Berufsverbandes beeinträchtigte. Dabei ist in erster Linie an eine Verletzung der Rechtsgleichheit und der Handels- und Gewerbefreiheit zu denken.

Wenn das Bundesgericht nun also schon einem regierungsrätlichen Rundschreiben an die Gemeinden, welches letztere in keiner Weise rechtlich bindet, die Qualität eines anfechtbaren Hoheitsaktes i.S. von OG 84 zumisst, so muss dies umso mehr für den Erlass von Submissionsbestimmungen mit Aussenwirkung gelten, selbst wenn diesen nur die Rechtsnatur von Verwaltungsverordnungen zukommen sollte. Dazu kommt noch, dass das Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde in Fällen, in denen die Einhaltung verfassungsmässiger Garantien mit keinem anderen Rechtsbehelf überprüft werden könnte, eher gewährt (144). Leiggener hat die Zulässigkeit einer solchen Ueberprüfung bereits in seiner Arbeit angenommen; diesen Schluss konnte er aber aus seiner damaligen Optik - er hat den Tessiner Entscheid noch nicht berücksichtigt - nicht ziehen.

Erst im Tessiner Entscheid hat das Bundesgericht erstmals anerkannt, dass bei der Vergebung staatlicher Aufträge verfassungsmässige Rechte der Bewerber im Spiele stehen. Solange dies nicht anerkannt war, konnte eine Submissionsbestimmung mit Aussenwirkung auch nicht in rechtlich geschützte Interessen der Bewerber eingreifen.

Zusammenfassend kann die heutige Praxis des Bundesgerichtes wie folgt beurteilt werden: Staatsrechtliche Beschwerde und Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen *verfahrensleitende Submissionsverfügungen* sind zulässig.

144 BGE 102 Ia 538: "La possibilità di impugnare ordinanze di carattere generale quale quelle contenuta nella circolare impugnata deve essere facilitata soprattutto nei casi in cui chi è toccato non potrebbe altrimenti mai difendere i propri diritti garantiti dalla Costituzione. (...) la mancata

Die staatsrechtliche Beschwerde müsste m.E. auch gegen den *Erlass von Submissionsbestimmungen mit Aussenwirkung*, die in verfassungsmässige Individualrechte der Bewerber eingreifen, zulässig sein. Dagegen ist die staatsrechtliche Beschwerde nach heutiger Praxis *gegen konkrete Arbeitszuschläge noch nicht möglich*; ebensowenig die Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die Verwaltungsbeschwerde gegen submissionsrechtliche Entscheide muss nach der gegenwärtigen Praxis der Eidgenössischen Justizabteilung noch als unzulässig angesehen werden.

B. Rechtsprechung einiger kantonaler Instanzen

Die kantonale vergaberechtliche Rechtsprechung, die in der Folge dargestellt wird, soll die Verschiedenartigkeit des den Submittenten in den einzelnen Kantonen gewährten Rechtsschutzes aufzeigen. Die Kantone wurden also nach rechtlichen und nicht etwa nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgewählt.

Die Kantone Bern und Zürich werden deshalb im gleichen Abschnitt behandelt, weil ihre vergaberechtliche Praxis im wesentlichen identisch ist.

Der Kanton Schwyz besitzt m.E. ein vorbildliches Vergaberecht und einen entsprechend vorbildlichen Rechtsschutz, weshalb die Rechtsprechung dieses Standes relativ ausführlich besprochen wird.

In einem Entscheid vom 8. November 1978 (145) hat das Bundesgericht festgestellt, dass die Kantone frei seien, Rechtsmittel gegen submissionsrechtliche Entscheidungen zuzulassen; es stehe ihnen auch das Recht zu, einen bestimmten Rechtsweg zwar grundsätzlich zu gewähren, jedoch für einzelne Fragen (z.B. den Arbeitszuschlag selbst) auszuschliessen.

scelta per il conferimento di tale incarichi non comportata pertanto la lesione di alcun diritto".

145 Der Bundesgerichtsentscheid ist in ZBl. 81 (1980), 226 ff. veröffentlicht.

I Kanton Wallis

Das Bundesgericht hat gestützt auf diese Erwägung entschieden, dass der *Kanton Wallis*, entgegen der Ansicht des Kantonalen Verwaltungsgerichtes, einen (formellen) verwaltungsrechtlichen (Submissions-) Rekurs kennt (146); mit diesem Rechtsmittel kann allerdings nur die Verletzung von *Verfahrensvorschriften* gerügt werden. Der *Arbeitszuschlag selbst* kann also im Kanton Wallis nicht mit Verwaltungsrekurs angefochten werden.

Einige Kantone kennen in den SOen besondere Submissionsbeschwerden. Andere SOen enthalten aber keinerlei Hinweise auf allenfalls zulässige Rechtsmittel. Es zeigt sich aber, dass den meisten positiv-rechtlich geordneten Rechtsbehelfen nur die Bedeutung von (ausdrücklich normierten) Aufsichtsbeschwerden zukommt.

II Kanton Aargau

Neben den echten (formellen) Verwaltungsrechtsmitteln (147) gibt es auch Zwischengebilde, die über das bei Aufsichtsbeschwerden gewährleistete Mass an Rechtsschutz hinausgehen. Einen solchen Fall stellt z.B. die *aargauische Submissionsbeschwerde* dar. Aufgrund der Auslegung von § 54 und 55 SO/AG ist der Regierungsrat zum Schluss gekommen, dass die aargauische Submissionsbeschwerde weder eine Verwaltungs- noch eine Aufsichtsbeschwerde, sondern *eine Beschwerde sui generis sei*. Diese gewähre dem Beschwerdeführer das Recht, die Einhaltung der *Verfahrensvorschriften* und der in der SO umschriebenen *Vergebungsgrundsätze*

146 Gestützt auf Art. 75 lit. c des (Walliser) Gesetzes vom 6. Oktober 1976 über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (VVRG; SGS/VS Nr. 351).

147 z.B. die oben 190 erwähnte Walliser-Beschwerde, mit der die Einhaltung des Submissionsverfahrens überprüft werden kann und insbesondere die unten 192 ff. zu behandelnde Submissionsbeschwerde des Kantons Schwyz; ebenso die Praxis des Kantons Obwalden, vgl. unten 198 f.

überprüfen zu lassen (148). Die Kognition sei dabei allerdings beschränkt, jedoch nicht so stark wie bei der Aufsichtsbeschwerde: "Jede Rechtsverletzung und jede Missachtung öffentlicher Interessen verpflichtet die Beschwerdeinstanz, korrigierend einzugreifen" (149).

III Die Kantone Bern und Zürich

Der in der SO des *Kantons Bern* vom 7. November 1967 geregelte Rechtsbehelf stellt eine blossе Aufsichtsbeschwerde dar (150). Nach § 26 der bernischen SO ist die Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen von derjenigen Verwaltungsabteilung oder Direktion zu beaufsichtigen, welche über die Vergebung bzw. Subventionierung beschlossen oder darüber dem Regierungsrat Antrag gestellt hat. Diese Formulierung zeigt deutlich, dass die bernische SO die formellen Rechtsmittel ausschliessen will, weshalb nur noch die (auch ohne gesetzliche Grundlage zulässige) Aufsichtsbeschwerde angerufen werden kann. Festzuhalten ist also, dass dem abgewiesenen Bewerber bei einer Vielzahl von SOen nur eine Aufsichtsbeschwerde zur Verfügung steht. Diese Rechtslage gilt im allgemeinen auch für diejenigen SOen, die überhaupt keine Rechtsbehelfe (ausdrücklich) aufführen. Ebenso sehr gilt sie dort, wo keine SO besteht. Die Gründe, mit denen die kantonalen Instanzen das Eintreten auf submissionsrechtliche Beschwerden ablehnen, sind im wesent-

148 ZBl. 77 (1976) 500 ff.

149 ZBl. 77 (1976) 501.

150 Diese Aussage bezieht sich nicht auf die ebenfalls in der SO geregelten Rechtsbehelfe gegen die submissionsrechtlichen Sanktionen; vgl. dazu oben 68 N 30.

lichen die gleichen, wie diejenigen des Bundesgerichtes (151). Typisch dafür ist beispielsweise die Haltung des *Zürcher Regierungsrates* (152). Er geht ohne weiteres davon aus, dass mit dem Zuschlag nicht in die Rechte des einzelnen Unternehmers eingegriffen werden könne, weil dieser keinen Anspruch auf den Antrag habe. Da sich der Zuschlag mangels rechtsatzmässiger Regelung im öffentlichen Recht nicht vom privatrechtlichen (Bau-) Vertrag abspalten lasse, könne dieser nicht der Kontrolle in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren unterworfen werden. Aufgrund dieser Rechtslage habe ein allenfalls bestehendes Rechtsschutzbedürfnis zurückzutreten.

IV Kanton Schwyz

Einen echten (formellen) Verwaltungsrechtsschutz besitzt der Submittent dagegen etwa im *Kanton Schwyz*. Dieser m.E. vorbildlich ausgestaltete Rechtsschutz entspricht, nach den Erfahrungen der Praxis, einem echten Bedürfnis (153).

Sehr interessant ist auch die Schwyzer Rechtsprechung zum Begriff des "günstigsten" Angebotes (154). Dieses ist zunächst vom billigsten abzugrenzen; in rezessiven Zeiten hat sodann die Ausschaltung von Unterangeboten praktische Bedeutung. In einem Entscheid vom 2.02.79 (VGE/SZ 78 Nr. 621) hält das Gericht fest, dass das "annähernd gleich günstige Angebot" (SO/SZ 16 II) einen unbestimmten Rechtsbegriff darstelle. Seine

151 Vgl. oben 184 ff.

152 Vgl. etwa den Entscheid SJZ 74 (1978), 78; die gleiche Haltung nimmt beispielsweise auch das *Zuger Verwaltungsgericht* ein; vgl. dazu ZBl. 80 (1979), 130 ff.

153 Vgl. dazu etwa die Meinung des Schwyzer Verwaltungsgerichtspräsidenten, wiedergegeben unten 206 N 190.

154 Vgl. dazu im Übrigen oben 38.

Ueberprüfung sei eine Rechtsfrage und könne vom Verwaltungsgericht daher auch bei mangelnder Ermessenskontrollbefugnis vorgenommen werden. Das Verwaltungsgericht stellt alsdann fest, dass die Arbeit der Beschwerdeführerin bezüglich der fachgerechten und rechtzeitigen Ausführung (SO/SZ 16 I), insbesondere aufgrund der gemachten Erfahrungen, derjenigen der berücksichtigten Firma ebenbürtig sei, weshalb es nur noch auf den Preisvergleich ankommen könne. Da die Offerte der berücksichtigten Firma um 4,62 % höher lag als diejenige der Beschwerdeführerin, die bisherige Praxis aber für Fälle wie den vorliegenden nur eine Spannweite von 4 % zuliess (155), verlangten das Legalitätsprinzip, das Gebot der Rechtsgleichheit und das Postulat der Rechtssicherheit die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung und die Neuvergebung an die Beschwerdeführerin.

In VGE/SZ 78 Nr. 579 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde eines Submittenten, dessen Offerte um nur 0,3 % oder 376 Franken tiefer lag als diejenige der berücksichtigten Firma, dagegen ab; bei dieser geringen Preisdifferenz lag es auf jeden Fall im Ermessen der Vergabebehörde, wem sie den Zuschlag erteilen wollte.

- 155 Der Kanton Schwyz hat sich für diesen Fall der *Ermessenskongretisierung* dem Modell der Zürcher Baudirektion angeschlossen (vgl. dazu oben 40). Danach gilt:

<u>Preisgünstigstes Angebot</u>	<u>Toleranz</u>
unter Fr. 10.000.-	6 %
von Fr. 10.000.- bis Fr. 50.000.-	5 % jedenfalls aber Fr. 600.-
von Fr. 50.000.- bis Fr. 200.000.-	4 % jedenfalls aber Fr. 2.500.-
von Fr. 200.000.- bis Fr. 500.000.-	3 % jedenfalls aber Fr. 8.000.-
von Fr. 500.000.- bis Fr. 1 Mio.	2 % jedenfalls aber Fr. 15.000.-
von Fr. 1 Mio. bis Fr. 10 Mio.	1 % jedenfalls aber Fr. 20.000.-
über Fr. 10 Mio.	1/2 % jedenfalls aber Fr. 100.000.-

"Schwyzer Richtlinien zur Ausschaltung von Unterangeboten bei öffentlichen Arbeiten und Lieferungen" vom 26. Januar 1976, in ABL./SZ 1976, 83.

Unter diesen Umständen brauchte das Verwaltungsgericht auch nicht mehr zu prüfen, ob der Wettbewerbsausschluss der Offerte der Beschwerdeführerin zu Recht erfolgte.

In einem anderen Fall (VGE/SZ 79 Nr. 603) ist das Verwaltungsgericht auf eine Submissionsbeschwerde nicht eingetreten, weil der Beschwerdeführer das "eigene, schützenswerte Interesse", welches nach § 37 lit. a der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (156) zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde erforderlich ist, nicht nachzuweisen vermochte. Ein solches Interesse ermangelte dem Beschwerdeführer deshalb, weil er in der Offertzusammenstellung auf Platz fünf figurierte, weshalb ihm die Arbeit auch dann nicht hätte zugeschlagen werden können, wenn sie zu Unrecht an die berücksichtigte Firma erfolgt wäre; dass auch gegen die vor dem Beschwerdeführer liegenden Firmen ein Wettbewerbsausschlussgrund vorgelegen hätte, machte er nicht geltend und ergab sich auch nicht aus den Akten.

In einigen Entscheiden stellte sich die Frage, ob das Angebot des Beschwerdeführers deshalb zu berücksichtigen sei, weil die Konkurrenz, seiner Ansicht nach, zu nicht kostendeckenden Preisen (*Unterangebot*) (157) offeriert habe. Nach SO/SZ 18 wird die Offerte die ein "offensichtliches Unterangebot" darstellt, vom Wettbewerb ausgeschlossen. Das Verwaltungsgericht hat dabei die Problematik des Unterangebotsbegriffes nicht verkannt (158). Tatsächlich hängt die Frage eng mit der Kostenstruktur des einzelnen Betriebes

156 Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974.

157 Vgl. dazu 38 ff.

158 Vgl. dazu namentlich die Kritik der Direktion der Eidgenössischen Bauten (Heute: Amt für Bundesbauten), oben 39.

zusammen. Das Verwaltungsgericht hat denn auch festgestellt: "Es ist durchaus denkbar, dass ein tieferes Angebot kostendeckend, ein höheres Angebot aber ein Unterangebot darstellt, weil die Kostenfaktoren von einem Anbieter zum anderen erhebliche Unterschiede aufweisen" (VGE/SZ Nr. 536). Nach dem Willen des Schwyzer Gesetzgebers sollen denn auch nur "offensichtliche" Unterangebote erfasst werden, d.h. solche, bei denen ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung vorliegt; Offerten, welche im Bereich der Grauzone liegen, sollen nicht erfasst werden. Die praktische Durchführung des Unterangebotsausschlusses erfolgt im Kanton Schwyz, wie schon erwähnt (159), nach dem Zürcher Modell. Dieses erweist sich als sachlich richtig und justiziabel (160). In VGE/SZ 79 Nr. 536 wirft das Verwaltungsgericht die Frage auf, ob Dumpingangebote *unlauteren Wettbewerb* darstellen können (161): in casu wird die Frage verneint (162). Im Bereich der *submissionsrechtlichen Sanktionen* ist namentlich der Wettbewerbsausschluss von Offerten von Bedeutung; SO/SZ 18 sieht einen solchen Ausschluss für verschiedene vergaberechtliche Verstösse vor. In VGE/SZ 77 Nr. 553 hatte das Verwaltungsgericht einen Sachverhalt zu beurteilen, bei welchem ein Submittent behauptete, die berücksichtigte Firma sei zu Unrecht *nicht aus dem Wettbewerb ausgeschlossen* worden. Die berücksichtigte Firma hatte

159 Vgl. oben N 155.

160 Vgl. dazu oben 39/40. Die Regelung trägt dem Bedürfnis des Gewerbes nach der Bekämpfung zerstörerischer Unterangebote Rechnung; andererseits wird durch die Beschränkung auf die offensichtlichen Fälle dem Bedürfnis auf klare Feststellbarkeit des Tatbestandes und dem Postulat eines optimalen Wettbewerbes gedient.

161 I.S. des BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 (UWG; SR 241).

162 Zum Verhältnis des UWG zum Unterangebot vgl. oben 141 ff.

aus Irrtum einen zu hohen Prozentsatz "Rabatt und Skonto" von ihrem Angebot abgezogen; entgegen SO/SZ 11 hat sie, nach Ablauf des Eingabetermins, Gelegenheit erhalten, den Irrtum zu beheben. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde gutgeheissen; es hat dabei folgende Erwägungen angestellt: "Auf einen Willensmangel, insbesondere einen Irrtum, kann sich der Bewerber aber in der Regel nur berufen, wenn er diesen nicht verschuldet hat. (...) X hat die unrichtige Offerteingabe seinem eigenen groben Verschulden zuzuschreiben, so dass dessen Angebot von der Vorinstanz gemäss VNSG 32 II (SR 725.111) nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Sie hat offenbar übersehen, dass nicht jeder Irrtumseinwand geeignet ist, eine nachträgliche Abänderung der Offerte zuzulassen". Anlass zu einem Verwaltungsgerichtsentscheid bot auch die Frage, inwieweit das *einheimische Unternehmen* seine submissionsrechtlich bevorzugte Stellung gegenüber einem fremden Konkurrenten durchzusetzen vermag (VGE/SZ 79 Nr. 551). Nach SO/SZ 16 II wird ein Submittent, dessen "Wohnsitz oder Geschäftsniederlassung sich im Kanton, im Bezirk oder in der Gemeinde befindet, vor der fremden Konkurrenz bevorzugt, wenn sein Angebot im übrigen annähernd gleich günstig" ist (163). Das Verwaltungsgericht hatte im vorliegenden Fall zunächst zu prüfen, ob der Beschwerdeführer gegenüber der fremden Konkurrenz ein annähernd gleich günstiges Angebot eingereicht hatte (164). Da dies bejaht werden konnte und die Sekundärkriterien erfüllt waren, konnte die Beschwerde gutgeheissen werden.

163 Vgl. dazu oben 192 N 154.

164 Im Rahmen des "annähernd gleich günstigen Angebotes" sieht SO/SZ 16 II als weitere Bevorzugungskriterien noch die folgenden vor:

- Abwechslung unter den Bewerbern,
- Beschäftigung von einheimischen Arbeitskräften und Verwendung einheimischer Baustoffe und Erzeugnisse.

Nach SO/SZ 19 darf nur beim Vorliegen eines *wichtigen Grundes* auf den Zuschlag verzichtet werden. In einer, als nicht abschliessend gedachten Aufzählung führt die zitierte Bestimmung alsdann einige Tatsachen auf, an die der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang besonders gedacht hat: Unter diesen befindet sich auch "die Eingabe von Angeboten, die in einer den Wettbewerb ausschliessenden Weise berechnet wurden". In VGE/SZ 78 Nr. 506 hatte das Verwaltungsgericht eine Beschwerde gegen einen Entscheid des Regierungsrates zu beurteilen, mit welchem letzterer, gestützt auf SO/SZ 19, auf einen Arbeitszuschlag verzichtete, weil die beiden eingereichten Angebote nicht geeignet gewesen seien, einen genügenden Wettbewerb zu gewährleisten; dies musste nach Ansicht der Vorinstanz angenommen werden, weil zwischen den beiden Arbeitsgemeinschaften und allenfalls auch unter den einzelnen Teilhabern dieser Personenvereinigungen *Preisabsprachen* stattgefunden hätten. In casu schützte das Verwaltungsgericht indessen den Regierungsratsentscheid und wies die Beschwerde ab. Die von den Submittenten geforderten Preise waren im Verhältnis zu den vom Experten als angemessen bezeichneten, erheblich überschätzt, weshalb der Regierungsrat das ihm eingeräumte Ermessen durch die Anordnung der Neuausschreibung nicht missbraucht hat.

Zu Recht sieht schliesslich die Schwyzer SO *keine grundsätzliche Bevorzugung der alten Firmen* vor; jungen Gewerbetreibenden soll im Gegenteil eine echte Chance geboten werden, wenn sie in der Lage sind, gute Arbeit zu liefern. Mit VGE/SZ 79 Nr. 552 hat das Verwaltungsgericht einen Vergebungsentscheid aufgehoben, mit welchem die Arbeit nur deshalb nicht dem tiefsten Offerenten zugeschlagen wurde, weil "die Bauherrschaft nicht Willens war, auf weitere Experimente mit ihr unbekannten Firmen einzutreten". Dieses Vorgehen konnte nach (richtiger) Ansicht des Verwaltungs-

gerichtes nicht gebilligt werden. Auf diese Weise hätten nämlich Firmen, welche für den Kanton schon früher Arbeiten ausführen konnten, einen eindeutigen Wettbewerbsvorteil. Das Verwaltungsgericht gab schliesslich zu bedenken, dass sich durch das Einholen einer Referenzenliste, Rückfragen bei Bauherren und Architekten und Besichtigung ausgeführter Werke auch ein abgerundetes Bild über die Leistungsfähigkeit eines Submittenten gewinnen lasse.

V Kanton Obwalden

Zum Schluss möchte ich noch auf die submissionsrechtliche Rechtsprechung des *Kantons Obwalden* hinweisen.

In einem vielbeachteten Fall hatte das Obwaldner Verwaltungsgericht eine Submissionsbeschwerde zu beurteilen, der eine von der kantonalen Behörde gestützt auf die Bundes-SO (SR 172.056.12) erfolgte Arbeitsvergebung zugrunde lag (165). Da die Bundes-SO die Möglichkeit einer Rechtsmittelergreifung nicht vorsieht und die zur Verfügung stehende Bundesgerichtspraxis dem Arbeitszuschlag den Verfügungscharakter absprach (166), stellte sich die Frage, ob auf die Beschwerde überhaupt eingetreten werden konnte. In Anlehnung an die *Dreistufentheorie* (167) argumentierte das Verwaltungsgericht: "Ist der dem Vertragschluss vorausgehende Beschluss bloss eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Gemeinwesens, so liegt keine Verfügung vor. Dieser Beschluss ist aber dann keine blosser Willenserklärung, wenn er besonderen nur für ihn geltenden Rechtssätzen des Verwaltungsrechtes unterliegt, wenn sich also der Beschluss, die Arbeit einem bestimmten Bewerber

165 Der Entscheid ist in ZBl. 79 (1978), 270 ff. veröffentlicht.

166 Vgl. dazu oben 184 ff. sowie BGE 103 Ib 154 ff.

167 Vgl. dazu unten 152 ff.

zuzuschlagen, nach den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der Submissionsordnung richtet. In diesem Beschluss liegt dann nicht eine blosser Willenserklärung auf Abschluss eines obligationenrechtlichen Vertrages, sondern eine Verfügung" (168). In Erwägung 6 gelangte das Verwaltungsgericht alsdann zum Schluss, dass der Arbeitszuschlag tatsächlich ein beschwerdefähiger Entscheid darstellt, weshalb auf das Rechtsmittel einzutreten war.

Der Entscheid ist im Ergebnis zu billigen. Die Begründung ist m.E. indessen insofern zu beanstanden, als der Arbeitszuschlag *stets* eine Verfügung im Rechtssinne darstellt (169). Diese Feststellung ist im vorliegenden Fall insofern wichtig, als gerade die Bundes-SO keine verwaltungsrechtlichen Rechtssätze enthält, sondern als blosser Verwaltungsverordnung qualifiziert werden muss; im übrigen sind diejenigen Bestimmungen der Bundes-SO, welche sich auch oder ausschliesslich an die Bewerber richten, verfassungswidrig (170).

C. Kritik an der herrschenden Rechtsprechung

Eine überwiegende Mehrheit der Autoren verlangt, zur Durchsetzung rechtsstaatlicher Gerechtigkeitsvorstellungen, einen wirksamen Rechtsschutz zugunsten der Submittenten (171). Es bestehen freilich unterschiedliche Meinungen darüber, inwiefern der postulierte Rechtsschutz in die vergaberechtlichen Entscheide eingreifen soll.

168 Seite 273 E. 5 des in N 165 zitierten Entscheides.

169 Zur Frage, ob Arbeitszuschlag eine Verfügung im Rechtssinne darstellt, vgl. oben 150 ff.

170 Vgl. dazu oben 82/83.

171 Statt vieler: Michel, 84 ff.; Leiggenger, 146 ff.; Truninger, 105 ff.

Ich werde in der Folge zeigen, dass ein wirksamer Rechtsschutz gefordert werden muss; alsdann werde ich der Frage nachgehen, in welchem Masse der abgewiesene Bewerber geschützt werden sollte. Es wird auch zu prüfen sein, ob die Beschwerdelegitimation allenfalls auch auf weitere Personen auszudehnen sei.

I Abwägung der widerstreitenden Interessen und das sich daraus ergebende Mass des zu postulierenden Rechtsschutzes

Es werden sowohl für als auch gegen die Einführung des formellen submissionsrechtlichen Rechtsschutzes (172) Argumente ins Feld geführt; es ist daher eine *Abwägung der widerstreitenden Interessen* vorzunehmen. Die *Verwaltung* widersetzt sich im allgemeinen einem besseren Rechtsschutz. Sie bringt dazu im wesentlichen vor, die richterliche Ueberprüfung von vergaberechtlichen Entscheiden sei geeignet, die Ausführung von Bauarbeiten zu verschleppen; dies könne auch zu einer Erhöhung der Baukosten führen. Der Zürcher Regierungsrat ist alsdann der Ansicht, es sei aus Rücksicht auf das Gewaltenteilungsprinzip (173) zu vermeiden, dass auf dem "Verwaltungsweg" über die Gültigkeit oder Ungültigkeit verbindlich abgeschlossener zivilrechtlicher Verträge entschieden werde. Oft wird auch befürchtet, dass den richterlichen Behörden genügende technische Kenntnisse fehlten, um einen wirklich angemessenen Entscheid zu fällen; in diesem Zusammenhang wird ganz allgemein an der Justiziabilität vergaberechtlicher Entscheide gezweifelt. Schliesslich empfinden die Verwaltungen die Einschaltung justizieller Behörden als Einschränkung ihrer Machtposition.

172 Vgl. zu den formellen Rechtsmitteln oben N 147. Als formelle Rechtsmittel bezeichne ich den eigentlichen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz.

173 SJZ 74 (1978), 78.

Auf der anderen Seite machen die *Unternehmer* ihr Rechtsschutzbedürfnis geltend. Stossend erscheint ihnen, dass sie auf einem Gebiete staatlichen Handelns, das die Existenz ihres Betriebes in Frage stellen kann, über keinen Rechtsschutz verfügen, welcher rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen vermag. Als unbefriedigend wird auch der Umstand empfunden, dass aufgrund dieser schwachen unternehmerischen Rechtsposition die *persönlichen Beziehungen zu den Behördemitgliedern bei der Arbeitsvergabe nicht immer eine unwesentliche Rolle spielen*. Nach Meinung einer Mehrzahl von Unternehmern sollte demgegenüber ausschliesslich der Sinn und Zweck der (in einem demokratischen Verfahren erlassenen) SOen über den Arbeitszuschlag entscheiden.

Auch die *Berufsorganisationen* sind daran interessiert, dass die Staatsaufträge im Geiste der SOen unter die Unternehmer verteilt werden und dass nicht persönliche Beziehungen über die wirtschaftliche Entwicklung gewisser Betriebe entscheiden sollen. Der Bundesgesetzgeber selbst hat in UWG 2 III (174) das Recht der Berufs- und Wirtschaftsverbände anerkannt, durch gerichtliche Klage für die Lauterkeit des Wettbewerbes zu sorgen; er hat diesen Organisationen dadurch ein rechtlich geschütztes Interesse am Wettbewerb attestiert. Submissionsrecht ist Wettbewerbsrecht: Es ist die Spielregel im Kampf um den staatlichen Auftrag.

Im weiteren sind auch die *Arbeitnehmer* der konkurrierenden Betriebe am Submissionsrecht interessiert. Sie sind dies nicht nur in bezug auf die Arbeitsbedingungen (175); da die Berücksichtigung ihres Arbeitgebers für die Sicherheit des Arbeitsplatzes von grosser Bedeutung ist, sind sie auch an der gerechten Verteilung der Staatsaufträge interessiert.

Schliesslich sind auch die *Bürger* an der Einhaltung der SOen interessiert. Wird der Staatsauftrag dem Verfasser der submissions-

174 SR 241; vgl. dazu auch oben 148 f.

175 Vgl. dazu oben 26 ff.

rechtlich "günstigsten" Offerte erteilt, so werden die Steuer-gelder im Rahmen des vorgesehenen Zweckes optimal eingesetzt. Auch das Interesse der Bürger ist deshalb bei der Rechtsgüter-abwägung zugunsten eines effektiven Rechtsschutzes in Rechnung zu stellen.

Als *Fazit* dieses Abschnittes kann festgehalten werden, dass die Interessen, die zugunsten eines wirksamen Rechtsschutzes sprechen, quantitativ und qualitativ eindeutig überwiegen.

Zuzugeben ist allerdings, dass die von der Verwaltung gegen einen verbesserten Rechtsschutz vorgebrachten Bedenken zum Teil auch ihre Berechtigung haben. So kann das Argument, Rechtsmittel würden die Ausführung von Arbeiten verzögern und damit allenfalls zu einer Verteuerung beitragen, nicht von der Hand gewiesen werden. Der Verwaltung ist in diesem Punkt allerdings entgegenzuhalten, dass sie ihre Aufgaben mittel- und längerfristig planen sollte, so dass ein Rechtsgang ohne weiteres in dieses Konzept eingebaut werden könnte (176). Zudem sollte sich ja die öffentliche Hand antizyklisch (177) verhalten; eine solche Praxis ist aber nur möglich, wenn die Verwaltung ihr Investitionsprogramm angemessen

176 Die öffentlichen Investitionen müssen meist auch vom Souverän vorgängig bewilligt werden - ein Vorgehen, dass manchmal bekanntlich sehr zeitraubend ist; man könnte ja auch hier einwenden, der Zeitverlust führe zu einer Bauteuerung.

Dieser Einwand wird (von ernstzunehmender Seite) aber zu Recht nicht erhoben: Die Erfahrung hat genügend gezeigt, dass uns die "Zeitverluste" vor manch überstürzter Investition bewahrt haben.

177 D.h. in wirtschaftlich rezessiven Zeiten mehr Aufträge vergeben und bei Hochkonjunktur mit der Ausführung von Projekten zurückhalten.

vorausplant (178) (179).

Schliesslich verweist die Verwaltung mit diesem Argument auf die Kontroverse zwischen richtigem und schnellem Recht. Ich meine, dass man sich stets für richtiges Recht entscheiden sollte, wenn die Umstände dies zulassen - und dies ist für das Submissionsrecht *bei angemessener Planung* der Fall.

Das Argument der Zürcher Regierung, es verstosse gegen das Gewaltenteilungsprinzip, wenn auf dem "Verwaltungswege" über gültig abgeschlossene privatrechtliche Verträge entschieden werde, ist

-
- 178 Das Erfordernis *konjunkturgerechter* Arbeitsvergabe kommt u.a. auch in Art. 2 VV zum BG über die Vorbereitung der Krisenbekämpfung und Arbeitsbeschaffung vom 12. März 1956 (AS 1956, 575), Fassung gemäss BRB vom 4. Oktober 1971 (AS 1971, 1403), zum Ausdruck (SR 823.311). Zur Abstimmung der Bautätigkeit des Bundes auf die Konjunkturlage ist bei Bauvorhaben über 200.000 Franken vor Beginn der Ausführung das Einverständnis des *Delegierten für Konjunkturfragen und Arbeitsbeschaffung* erforderlich. Es ist nicht zu verkennen, dass die Referendumsdemokratie der Finanzplanung bisweilen einen Strich durch die Rechnung machen kann; das Gemeinwesen hat indessen im Rahmen der Rechtsordnung nach einer optimalen Planung zu streben.
- 179 Das Bundesamt für Konjunkturfragen hat sich ebenfalls zum Postulat der "Verstetigung der öffentlichen Bauaufwendungen" ausgesprochen (Gesamtmehrjahresprogramm, 21 ff.). Der Begriff wird dabei wie folgt definiert: "Unter Verstetigung ist nicht eine Konstanz der öffentlichen Bau nachfrage, sondern vielmehr die auf einen mittelfristigen Trend ausgerichtete Entwicklung innerhalb einer gewissen Bandbreite zu verstehen. Die jährlichen Schwankungen der Investitionsausgaben sollten bestimmte Schwellenwerte nicht überschreiten (...)". Aufgrund der angestellten Untersuchungen gelangte das Bundesamt schliesslich zum Ergebnis, dass eine *Investitionsplanung*, die eine gleichmässige Vergebung von Bauleistungen ermögliche, realisierbar sei: "Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass gesamtschweizerisch eine gleichmässige Vergabe der öffentlichen Bauaufträge möglich ist" (Gesamt-mehrjahresbericht, 21).

dagegen ohne weiteres zurückzuweisen. Um einen unzulässigen Eingriff der Verwaltungsjustiz in den privatrechtlichen Vertrag zu vermeiden, genügt es, im Vertrag selbst, als Voraussetzung für sein Inkrafttreten, die vorgängige Abwicklung des Verwaltungsverfahrens bzw. das unbenützte Ablaufen der Beschwerdefristen vorzusehen (180).

Beachtlich ist dagegen der Einwand, die Verwaltung könne Vergabungsentscheide kompetenter treffen als der Richter, weil es sich dabei vielfach um technische Fragen handle, denen sie näher stehe als die Justiz. Es ist nicht zu bestreiten, dass ein Wissensvorsprung der Vergabungsorgane in technischen Angelegenheiten oft ausgewiesen ist. Auch die grössere Sachnähe und die bessere Kenntnis der lokalen Angelegenheiten lässt eine gewisse Zurückhaltung in der richterlichen Ueberprüfung von Vergabungsentscheiden angebracht erscheinen.

In der richterlichen Ueberprüfung von Vergabungsentscheiden wird schliesslich eine Machtbeschränkung der Verwaltung gesehen. Die Frage der Machtbeschränkung an sich kann indessen nicht von Bedeutung sein. Der Verwaltung kommt nicht Macht um der Macht willen zu, sondern sie steht ihr nur in dem Masse zu, welches das öffentliche Interesse erfordert und das Recht zulässt. Nach den angestellten Erwägungen reduziert sich die Frage nach dem richtigen Masse der richterlichen Ueberprüfung von Vergabungsentscheiden letztlich auf die Unterscheidung des Justiziablen vom Nichtjustiziablen. Nach der Praxis des Bundesgerichtes (181) ist dazu grundsätzlich eine Unterscheidung zwischen den unbestimmten Gesetzesbegriffen und dem gesetzlich eingeräumten Ermessen vorzunehmen. In bezug auf erstere steht den

180 Vgl. auch Kölz, VRG-Kommentar, N 49 zu VRG 19. Z.B. die Klausel: Der Vertrag wird erst nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfristen bzw. erst nach der rechtskräftigen Abweisung der gegen die Zuschlagsverfügung gerichteten Rechtsmittel verbindlich.

181 Vgl. dazu z.B. BGE 91 I 75.

Gerichten grundsätzlich die freie Kognition zu (182), während letzteres nur auf fehlerhafte Ausübung hin überprüft werden kann (183). Es hat sich in der Praxis indessen gezeigt, dass die Abgrenzung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Fällen, in denen der Rechtssatz der Verwaltung ein Ermessen einräumt, schwierig ist (184). Mit Imboden/Rhinow (185) bin ich der Ansicht, dass das Mass richterlicher Kognition vielmehr nur für jede einzelne Norm zu bestimmen ist (186). Das Gericht wird dabei pragmatisch vorgehen. Bezogen auf das Submissionsrecht ist zunächst nicht einzusehen, weshalb der Richter nicht die Einhaltung des Submissionsverfahrens soll überprüfen können (187). Welche konkreten Ansprüche sich daraus für den Beschwerdeführer ergeben können, muss ebenfalls anhand des konkreten Falles beurteilt werden.

Der Zuschlag selbst erfolgt nach den meisten SOen im Rahmen des "günstigsten" Angebotes (188). Das Ausmass des Ermessensspielraumes der Vergabebehörde bestimmt sich dabei insbesondere nach der konkreten Ausgestaltung der Submissionsnorm über das günstigste Angebot. Die objektiven Vergabekriterien und Teile der Ermessensausübung sind dabei jedenfalls justiziabel.

Dass auch andere vergaberechtliche Massnahmen durchaus justiziabel sind, beweist im übrigen etwa die Rechtsprechung des Schwyzer Verwaltungsgerichtes (189); auch hat die Schwyzer

182 BGE 95 I 406.

183 Imboden/Rhinow Nr. 66/B/II, 404.

184 BGE 99 Ia 590, 98 Ib 229 ff., 97 I 734, 95 I 209, 94 I 560.

185 Imboden/Rhinow Nr. 66/B/II/lit. e, 407.

186 Die Rechtsunsicherheit wird dadurch m.E. nicht vergrössert. Diese Methode ist aber ehrlicher als die verwirrende Konstruktion des Bundesgerichtes.

187 Vgl. auch oben 188/189.

188 Vgl. oben 38; 192 ff.

189 Vgl. oben 192 ff.

Lösung gezeigt, dass sich ein submissionsrechtliches Rechtsmittelverfahren, welches rechtsstaatlichen Ansprüchen zu genügen vermag, in der Praxis bewährt (190).

II Der nicht formelle Rechtsschutz erfüllt die gestellten Anforderungen nicht

Als nicht formeller Rechtsschutz bezeichne ich die im folgenden zu besprechende Aufsichtsbeschwerde, den zivilrechtlichen Rechtsschutz und das Verfahren beim Ombudsmann. Einen nicht formellen Rechtsschutz stellen die genannten Institute dar, weil sie dem Submittenten keinen durchsetzbaren Anspruch auf Einhaltung seiner Bewerberrechte gewährleisten; das wird in der Folge zu zeigen sein. Da ein Anspruch auf Einhaltung der submissionsrechtlichen Bewerberrechte nur mit der Verwaltungs- und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde durchgesetzt werden kann, stellen nur diese Institute einen formellen Rechtsschutz dar (191). Dass auch beim formellen Rechtsschutz nur die verwaltungsunabhängigen Rechtsmittel vollständig zu befriedigen vermögen, wird ebenfalls noch zu zeigen sein (192).

190 In diesem Sinne betrachtet der Präsident des Verwaltungsgerichtes Schwyz, dessen Gericht in den Jahren 1977-1979 28 Submissionsentscheide zu beurteilen hatte, das Bedürfnis nach Schaffung einer entsprechenden Rechtsmittelmöglichkeit als ausgewiesen (Schreiben des Verwaltungsgerichtspräsidenten vom 7. Februar 1980).

191 Vgl. dazu oben 147.

192 Unten 236 f.

1. Aufsichtsbeschwerde

Gegen den öffentlichen Arbeitszuschlag wird überall mindestens die Anzeige an die Aufsichtsbehörde zugelassen (193). Die Möglichkeit Aufsichtsbeschwerde zu führen, ergibt sich aus dem hierarchischen Aufbau der Verwaltung, kraft dessen die oberen Verwaltungsbehörden die mittleren und unteren zu beaufsichtigen haben (194); eine positivrechtliche Norm ist dazu nicht erforderlich. Der Aufsichtsbeschwerde unterliegen nicht nur Verfügungen und Entscheide, sondern auch nicht hoheitliche Handlungen der Verwaltung. Sie ist weder von Form- noch von Fristerfordernissen abhängig.

Demzufolge ist auch die *rechtliche Wirksamkeit entsprechend schwach*; die Einreichung einer Aufsichtsbeschwerde bewirkt weder den Eintritt der Rechtshängigkeit noch kommt der Anzeige Suspensiveffekt zu. Ebensowenig ist die übergeordnete Behörde verpflichtet, die Angelegenheit formell oder materiell in Form eines motivierten Entscheides zu erledigen (195). Die Verwaltungshierarchie braucht nicht unbedingt eingehalten zu werden. Die Aufsichtsbeschwerde ist im Verhältnis zu den formellen Rechtsmitteln in dem Sinne subsidiär, als immer letztere ergriffen werden müssen,

193 Vgl. oben 184 ff. und 189 ff.

194 O. Fehr, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, 252; Imboden/Rhinow Nr. 47/B/V, 288/289; Nr. 145/B/II, 1069.

195 BGE 90 I 230 ff.; Imboden/Rhinow Nr. 145/B/II/lit. c., 1069; Mettler Max, Das Zürcher Gemeindegesetz, 375 und die dort zitierte Rechtsprechung: RRB Nrn. 3783/1966, 2520/1965, 2764/1957; ZBl. 1962, 467; ZR 1961 Nr. 103, 241/42.

wenn dies zulässig und zumutbar ist (196).

Durch das Nichteintreten auf eine Aufsichtsbeschwerde wird nicht in die Rechte des Anzeigenden eingegriffen; ebensowenig durch deren Abweisung. Daher sind gegen solche Entscheide weder die staatsrechtliche Beschwerde noch sonst ein ordentliches Rechtsmittel zulässig (197).

Aus dem Gesagten folgt ohne weiteres, *dass die Aufsichtsbeschwerde ein völlig untaugliches Mittel ist, den zu fordernden Rechtsschutz zu gewährleisten*. Dadurch, dass auch eine willkürliche Behandlung bzw. Nichtbehandlung der Anzeige nicht mit förmlichen Rechtsmitteln gerügt werden kann, muss dem Institut die Qualität eines echten rechtstaatlichen Schutzes abgesprochen werden.

An dieser Beurteilung vermögen auch die etwas weitergehenden Befugnisse, die (beispielsweise) die Zürcher Praxis dem Anzeiger einräumt, nichts zu ändern (198).

2. Zivilrechtlicher Rechtsschutz

Neben der Aufsichtsbeschwerde stehen den Submittenten auch überall mindestens die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung (199).

196 AVGE 1951, 202 ff.

197 Imboden/Rhinow, Nr. 145/B/IV, 1071 und der dort zitierte Entscheid BGE 92 I 230 ff.; vgl. auch BGE 103 Ib 158 E. 3; 102 Ib 81.

198 Aufsichtsbeschwerden werden im Kanton Zürich im allgemeinen mit formellem Entscheid erledigt (RRB 3379/1974); grundsätzlich geht diesem auch ein Schriftenwechsel voraus. Faktisch vermag *das Institut dennoch wenig auszurichten*; insbesondere auf dem Gebiete des Submissionswesens ist mir kein Fall bekannt, in welchem ein Vergabeentscheid aufsichtsrechtlich aufgehoben worden wäre.

199 Vgl. dazu z.B. die Meinung des Bundesgerichtes und der Eidgenössischen Justizabteilung, welche Submissionsbestim-

Indessen erweisen sich auch diese Rechtsbehelfe als ungeeignet, die Rechtsschutzansprüche, die an das Vergaberecht zu stellen sind, zu erfüllen. Werden nämlich die die Bewerber berührenden Submissionsbestimmungen als allgemeine Geschäftsbedingungen (200) qualifiziert, so kann der Bürger die dort festgehaltenen Rechte nur dann geltend machen, wenn sie zum Vertragsinhalt erhoben worden sind; der abgewiesene Bewerber, dem der submissionsrechtliche Rechtsschutz zur Verfügung stehen müsste, kann somit die Verletzung der Submissionsordnungen nicht geltend machen.

Im Rahmen des Zivilrechtes steht dem nicht berücksichtigten Submittenten allerdings der Schutz aus *culpa in contrahendo* zur Verfügung (201); indessen ist dieser Rechtsbehelf in keiner Weise geeignet, die praktische Durchsetzung des Submissionsrechtes zu gewährleisten. Die Einreichung einer Klage aus *culpa in contrahendo* gegen die zuständigen Vergabeorgane wird meist nur die Verärgerung des Gemeinwesens zur Folge haben; damit kommt aber dem Unternehmer neben dem erlittenen Schaden noch ein weiterer hinzu - ist er doch, bei ungenügendem Rechtsschutz, auf die "*guten Beziehungen zu den Vergabeorganen*" angewiesen.

3. Ombudsmann

Aus der Einsicht, dass der Bürger, trotz zunehmendem Ausbau des Rechtsschutzes, der mächtigen Verwaltung bisweilen hilflos gegenübersteht, wurde das Institut des Ombudsmannes geschaffen. Diese Hilflosigkeit kann ihre Ursache in verschiedenen Gründen haben. Mangelnder Mut und fehlende Risikobereitschaft des

mungen, die die Bewerber berühren, eine den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Privatrechtes analoge Rechtsnatur zuschreiben, oben 72 ff.

200 Vgl. N 199.

201 Vgl. oben 96 ff.

rechtsuchenden Bürgers auf der einen Seite und mangelnde Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes und/oder mangelnde Rechtsmittellegitimation, die Sache von einer verwaltungsunabhängigen Stelle überprüfen zu lassen, auf der anderen Seite bewirken, dass Recht und Billigkeit nicht immer zum Durchbruch gelangen. Dem Ombudsmann, als unabhängigem Staatsorgan, kommt nun vor allem die Aufgabe zu, auf unformelle Art und unter Einsatz der Würde seiner Person und seines Amtes, zwischen dem Gemeinwesen und dem betroffenen Bürger zu *vermitteln*.

In der Schweiz ist das erste Amt eines Ombudsmannes im Jahre 1971 von der Stadt Zürich (202) geschaffen worden. Als erster Kanton hat der Kanton Zürich 1977 die Einführung des Ombudsmannes beschlossen.

Im Rahmen der staatlichen Arbeitsvergabe kann das Institut des Ombudsmannes *wertvolle Dienste* leisten. Schon die präventive Wirkung des Amtes könnte insbesondere dort, wo der Rechtsschutz ungenügend ist, helfen, die Zahl der ungerechtfertigten Arbeitsvergebungen zu verringern. Auf der anderen Seite kann der Ombudsmann, der aufgrund seiner umfassenden Akteneinsicht und Prüfungsbefugnisse einzelne Arbeitsvergebungen genau untersuchen kann, einer bestimmten Behörde *empfehlen* (203), den benachteiligten Handwerker bei einem nächsten Auftrag im Rahmen

202 In der Stadt Zürich lautet die offizielle Bezeichnung des Ombudsmannes "Beauftragter in Beschwerdesachen". Diese deutsche Bezeichnung des Amtes bzw. des Amtsinhabers scheint aber noch nicht ins Sprachbewusstsein der Bevölkerung eingedrungen zu sein (Keller, 200).

203 Der Ombudsmann ist nicht befugt, Anordnungen zu treffen. Aufgrund seiner Ueberprüfung kann er z.B. im Kanton Zürich lediglich

- a. dem Beschwerdeführer Rat für sein weiteres Verhalten erteilen,
- b. die Angelegenheit mit den Behörden besprechen,

des Möglichen zu berücksichtigen. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass der Ombudsmann in einem bestimmten Fall auch die Möglichkeit hat, einen Beschwerdeführer zurückzuweisen und den Arbeitszuschlag der Behörde ausdrücklich zu billigen. Dies ist ein nicht zu unterschätzender Schutz der Behörde. Ausländische Erfahrungen haben nämlich gezeigt, dass die Presse (und das Parlament) in der Regel einen Fall als abgeschlossen betrachtet, wenn der Ombudsmann eine Prüfung vorgenommen und dabei nichts beanstandet hat (204).

Das Amt hat bisher nur einen geringen Verbreitungsgrad gefunden : Als einziger Kanton hat der Kanton Zürich einen Ombudsmann eingesetzt; die zürcherischen Gemeinden unterstehen dem Institut nicht. Eine Ausnahme macht dabei die Stadt Zürich, die einen eigenen Ombudsmann eingesetzt hat.

Auf dem Gebiete der Arbeitsvergebungen muss zudem auch in Fällen, die an sich in den Zuständigkeitsbereich des Ombudsmannes fallen würden, eine fast vollständige Abstinenz beschwerdeführender Bürger festgestellt werden. So hatte der Ombudsmann des Kantons Zürich noch keinen einzigen Submissionsfall zu beurteilen, während demjenigen der Stadt Zürich bisher ein Fall vorgelegt wurde (205). Im Bericht des städtischen Ombudsmannes heisst es dazu (206):

-
- c. nötigenfalls eine schriftliche Empfehlung zuhanden der überprüften Behörde erlassen. Er stellt diese Empfehlung auch der vorgesetzten Verwaltungsstelle, dem Beschwerdeführer und nach seinem Ermessen weiteren Beteiligten und anderen daran interessierten kantonalen Behörden zur Verfügung (VRG 93).

204 H. Marti, Die aufsehende Gewalt, 186.

205 Diese Sachlage entspricht dem Stand von Ende Juni 1980.

206 Bericht Ombudsmann 1975, Nr. 14.

"Die Firma Y AG beteiligte sich am öffentlichen Wettbewerb um die Vergebung der Arbeiten für die Heizanlage einer städtischen Ueberbauung. Namens der Firma beschwert sich X über die Nichtberücksichtigung der Offerte, obwohl sich diese bei der Offertöffnung als die preislich günstigste erwiesen habe. Nach dem Grunde der Nichtberücksichtigung gefragt habe das Heizamt erklärt, die Firma Y würde laufend betrieben. X lässt diese Begründung nicht gelten; die Firma sei ihren Verpflichtungen nachgekommen. Zu Unrecht müsse die Firma befürchten, auch inskünftig bei Arbeitsvergaben durch die Stadt unberücksichtigt zu bleiben.

Abklärungen und Erwägungen

Das Heizamt erkundigte sich beim Betriebsamt telefonisch über die Firma Y. Es trifft zu, dass die erhaltene Auskunft für die Nichtberücksichtigung mitbestimmend war.

Aufgrund der Intervention des Beauftragten zieht das Heizamt einen schriftlichen Bericht des Betriebsamtes bei. Da dieser besser als erwartet ausfällt, erklärt das Heizamt, es habe den telephonisch erhaltenen Auskünften rückblickend betrachtet ein zu grosses Gewicht beigemessen, weshalb es bereit sei, zukünftige Offerten der Firma Y im Rahmen seiner Möglichkeiten zu berücksichtigen.

Ein Anspruch auf Berücksichtigung steht einem Bewerber allerdings nicht schon deshalb zu, weil seine Offerte die preisgünstigste ist. Art. 12 Ziff. 1 der städtischen Submissionsverordnung vom 19. Dezember 1973 bestimmt: Die Vergebung soll unter Berücksichtigung der Preiswürdigkeit des Angebotes nur an solche Bewerber erfolgen, die Gewähr für eine fach- und termingerechte Ausführung bieten. Die Verwaltung ist bei der Vergebung der Arbeiten nicht an die billigste Offerte gebunden".

Die wiedergegebene Fallbehandlung durch den Ombudsmann zeigt m.E., dass dieses Rechtsinstitut einen wichtigen Beitrag zur Gerechtigkeit im Vergaberecht zu leisten vermag. Dennoch stimmt die bescheidene Inanspruchnahme des Ombudsmannes nachdenklich. Die Gründe für diese Sachlage können bloss ver-

mutet werden. Die relative Neuheit des Institutes spielt dabei sicher eine gewisse Rolle. Die Angst der Betroffenen, die verklagte Vergabebehörde zu verärgern, ist ebenfalls zu berücksichtigen: Dies nicht nur deshalb, weil der Ombudsmann keine Anordnungen treffen kann, sondern vor allem auch, weil das geltende Zürcher Vergaberecht der Behörde einen dermassen umfassenden Ermessensspielraum zugesteht, dass es der Verwaltung allzu oft gelingen wird, ihr Vorgehen zu rechtfertigen. Das "gute Einvernehmen mit der Verwaltung" *nützt* dem Bürger bei dieser Rechtslage mehr als die Beschwerde beim Ombudsmann. *Zusammenfassend* kann festgehalten werden, dass das Institut des Ombudsmannes eindeutig geeignet ist, für mehr Gerechtigkeit im Submissionsrecht zu sorgen.

Indessen ist der Ombudsmann, gleich wie der Richter, auf ein justiziables Submissionsrecht angewiesen, dessen Begriffe in einem möglichst hohen Masse objektiv bestimmbar sind und in welchem das Ausmass der Ermessensspielräume auf das Notwendige beschränkt wird. Alsdann müsste dafür gesorgt werden, dass die guten Dienste des Ombudsmannes auf dem Gebiete des Submissionsrechtes dem Bürger besser bekannt werden.

Trotz der positiven Beurteilung des Institutes, vermag es den formellen verwaltungsunabhängigen Rechtsschutz (207), schon wegen der mangelnden Anordnungsbefugnis, nicht zu ersetzen. Dies ist im übrigen auch gar nicht das Ziel der Ombudsmanninstitution; diese geht nämlich vom Subsidiaritätsprinzip aus: "Der Ombudsmann soll nicht die herkömmlichen Rechtsschutzrichtungen konkurrenzieren und den (Sach-) Entscheid der zuständigen Verwaltungsinstanzen beeinflussen oder gar vorwegnehmen. Grundsätzlich soll der Bürger die ihm zustehenden förmlichen Rechtsmittel ergreifen und nicht zum vornherein

207 Vgl. oben 200 N 172.

das billigere und schnellere Ombudsmann-Verfahren wählen können" (208).

Dies gilt aber nach der Praxis des Ombudsmannes der Stadt Zürich nur dann, wenn die Ergreifung eines förmlichen Rechtsmittels "zumutbar und der besonderen Fallkonstellation angemessen" (209) erscheint. Diese Praxis ist zu billigen.

Es ist zu hoffen, dass das Institut des Ombudsmannes künftig eine grössere Verbreitung finden wird.

4. Fazit

Die angestellten Ueberlegungen führen zum Schluss, dass der nicht formelle Rechtsschutz rechtsstaatlichen Anforderungen nicht zu genügen vermag. Es wird in der Folge zu prüfen sein, ob der anzustrebende Rechtsschutz (210) mit dem de lege lata zur Verfügung stehenden Normeninstrumentarium bei entsprechender Aenderung der Rechtsprechung erreicht werden könnte, oder ob allenfalls Gesetzesrevisionen zu postulieren sind.

D. Anzustrebender Rechtsschutz de lege lata

Es ist davon auszugehen, dass die submissionsrechtlichen Massnahmen, die im Laufe des Arbeitsvergabeverfahrens ergehen und die die Bewerber berühren, als Verfügungen im Rechtssinne qualifiziert werden müssen; ebenso ist festzuhalten, dass der behördliche Arbeitszuschlag selbst eine Verfügung darstellt (211).

208 Keller, 131.

209 Zitiert aus Keller, 132.

210 Vgl. dazu oben 204 ff.

211 Vgl. dazu oben 150 ff.

I Begründungszwang und Rechtsmittelbelehrung

Verfügungen unterliegen der allgemeinen Begründungspflicht (212).

Die gegenwärtige Begründungspraxis im Submissionswesen ist vielfach völlig ungenügend. Oft bestimmen die SOen sogar, dass die Vergebungsbehörden keine Gründe für die Zuschlagserteilung oder den Verzicht auf einen Zuschlag anzugeben hätten (213).

Eine genügende Begründungspflicht enthält demgegenüber die SO des Kantons Schwyz (SO/SZ 20). Das schwyzerische Verwaltungsgericht (214) schreibt dazu: "Ist eine Arbeitsvergabe ein Verwaltungsakt, so ist der Vergebungsbeschluss den Bewerbern in der für Verfügungen vorgeschriebenen Form zu eröffnen (...)". Da indessen die staatliche Arbeitsvergabe und die die Bewerber berührenden verfahrensleitenden submissionsrechtlichen Massnahmen stets (215) Verfügungen sind, gilt die Begründungspflicht für alle Vergabebehörden schon aus Bundesrecht. Tatsächlich hat das Bundesgericht eine behördliche Begründungspflicht aus BV 4 abgeleitet. In BGE 98 Ia 464 E. 5a (216) meint das Bundesgericht: "Es entspricht allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien und insbesondere dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass die Entscheidungsgründe dem Betroffenen bekannt sein sollen. Denn ohne die Kenntnis der Tatsachen und Rechtsnormen, welche für die entscheidende Behörde massgeblich waren, kann

212 In bezug auf die Begründungspflicht von Verfügungen enthält "das Bundesrecht über die allfälligen kantonalrechtlichen Vorschriften hinaus eine Mindestgarantie, die unmittelbar aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitet wird" (Imboden/Rhinow Nr. 85/B/I, 534).

213 Z.B. SO/BE 23 II; SO/Be 23 IV; SO/VD trav. 14; SO/ZH 14; SO/Zh 15 III; SO/VS 12 II.

214 VGE/SZ 620/78.

215 Auch dort wo dies nicht positivrechtlich festgelegt ist; vgl. im übrigen auch oben 150 ff.

er sich oft kein Bild über die Tragweite der Entscheidung machen. Zudem kann er nicht sachgemäss anfechten, denn weder er noch die angerufene Rechtsmittelinstanz vermögen sie auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen" (216) (217).

Eine an jeden Submittenten gerichtete Begründung der ihn betreffenden Submissionsverfügungen ist nur dann entbehrlich, wenn sie von der Sache her nicht bzw. nicht mehr erforderlich ist: Dies ist z.B. dann der Fall, wenn sich für einen bestimmten Auftrag nur ein einziger Bewerber interessiert hat und seiner Offerte entsprochen wird. Auf die Mitteilung der Entscheidungsgründe kann ferner verzichtet werden, wenn die Arbeitsvergebung besonders dringlich ist (BGE 99 Ia 689 E. 5); in diesem Fall ist die Begründung indessen nachzuholen.

Aufgrund der ausdrücklich normierten Begründungspflicht (VwVG 35) ist im Bunde der direkte Rückgriff auf die Verfassung nicht mehr erforderlich. Aber auch etwa im Kanton Zürich, wo eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, kann eine Begründungs-

216 Das "*Transparenzgebot*", dem durch die Begründungspflicht teilweise entsprochen wird, ist von der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates in einem Bericht vom 16. August 1978 über die Arbeitsvergebung durch den Bund (BB1. 1978 II, 964) noch auf anderer Ebene zur Diskussion gestellt worden. Nach der Kommission soll:

1. die Oeffnung der Angebote durch mindestens zwei Behördenmitglieder erfolgen,
 2. die Zusammenstellung der unkorrigierten Angebote wird allen Submittenten ausgehändigt bzw. zugestellt,
 3. sofern rechnerische Korrekturen eine andere als die bei der Oeffnung erstellte Rangliste ergeben, ist dies in einer Mitteilung an alle Submittenten bekannt zu geben.
- Den Vorschlägen der Kommission ist beizupflichten, doch können diese die Begründungspflicht für die Submissionsverfügungen nicht ersetzen, sondern nur ergänzen.

217 Kölz, VRG-Kommentar, N 13 zu § 10 VRG betont ausdrücklich, dass sich die Begründungspflicht auch auf *Akte der Leistungsverwaltung zu erstrecken hat, denn auch hier müsse der Adressat wissen, weshalb er soviel und nicht mehr erhalten habe.*

pflicht auf dem Wege der Auslegung aus dem kantonalen Verwaltungsverfahrenrecht abgeleitet werden (218).

Es ist nunmehr zu prüfen, welchen *Inhalt* die Begründung einer Submissionsverfügung aufzuweisen hat. "Die Begründungspflicht erstreckt sich auf die tatbeständlichen und die rechtlichen Entscheidungsgrundlagen" (219). Dabei wird allgemein anerkannt, dass sich die Behörde auf das Wesentliche, das Unerlässliche beschränken darf (220). Als Faustregel könnte m.E. etwa folgender Grundsatz aufgestellt werden: Der Leser der Begründung soll sich ein klares Bild über den strittigen Sachverhalt und die angewandten Rechtssätze machen können.

Dort wo der entscheidenden Behörde Ermessensspielräume zur Verfügung stehen (und dies ist im Submissionsrecht bekanntlich manchenorts der Fall), sind strengere Anforderungen an die Begründungspflicht zu stellen (221).

Naturgemäss richten sich die inhaltlichen Anforderungen an die Begründungspflicht nach der Art der Submissionsverfügung.

Die hauptsächlichsten Submissionsverfügungen sind dabei etwa die folgenden: die nachträgliche Ausweitung des Bewerberkreises, der Ausschluss einer Offerte, der eigentliche Arbeitszuschlag. Angemessen erscheint beispielsweise die *Begründung einer Zuschlagsverfügung*, wenn sie mindestens den Namen des berücksichtigten Submittenten, den Betrag zu dem die Arbeit zuge-

218 Kölz, N 11 zu § 10 VRG, der die Begründungspflicht aus VRG 23 ableitet.

219 Imboden/Rhinow, Nr. 85/B/III, 535.

220 Vgl. dazu z.B. RB/ZH 1961, Nr. 11

221 Imboden/Rhinow, Nr. 85/B/III, lit. e, 536.

schlagen wurde, die Zusammenstellung der bereinigten Angebote (Rangliste), Angaben über allenfalls berücksichtigte Varianten, die Gründe für den Zuschlag und die Submissionsbestimmungen nennt, auf welche die Vergabung gestützt wurde; schliesslich gehört die noch zu erörternde Rechtsmittelbelehrung dazu.

Den Submissionsverfügungen ist nach allgemeinen (rechtsstaatlichen) Eröffnungsgrundsätzen auch eine Rechtsmittelbelehrung anzufügen (222). Da dem Bürger durch mangelhafte Verfügungseröffnung kein Nachteil erwachsen darf (223), können die Rechtsmittelfristen erst nach der Zustellung der korrekten Submissionsverfügung zu laufen beginnen.

II Rechtsmittel, die de lege lata demnach zur Verfügung stehen müssten

1. Eidgenössische Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerde

a. Anwendungsbereich im Submissionsrecht

Gemäss VwVG 5 entscheiden die Bundesverwaltungsrechtspflegeinstanzen über Verfügungen, die gestützt auf Bundesverwaltungsrecht ergangen sind. Zu prüfen ist nunmehr, wann submissionsrechtliche Entscheide, die als Verfügungen qualifiziert werden können (224), in Anwendung von öffentlichem Recht des Bundes ergehen.

Bundesverwaltungsrecht können zunächst nur jene Submissionserlasse darstellen, die von Bundesorganen erlassen worden sind (225). Alsdann stellen jene submissionsrechtlichen Regeln,

222 Imboden/Rhinow Nr. 86/B/I/lit. 5, 542.

223 Imboden/Rhinow Nr. 86/B/II, 542 und 543.

224 Vgl. dazu oben 150 ff.

225 Gygi, 70 ff.

die sich ausschliesslich an die Vergabeorgane richten (226), kein Bundesverwaltungsrecht dar; diese sind bekanntlich als Dienst-anweisungen zu qualifizieren, unabhängig davon, wie und in welcher Form sie erlassen wurden (227). Verwaltungsverordnungen sind aber überhaupt kein objektives Recht, sondern reine Verwaltungsinterna.

Bundesverwaltungsrecht kann also zum vornherein nur dasjenige eidgenössische Submissionsrecht sein, das sich auch oder ausschliesslich an Personen richtet, welche ausserhalb der Verwaltung stehen.

Die Untersuchung der Rechtsnatur der Submissionsnormen hat ergeben, dass die Bejahung der Aussenwirkungen einer bestimmten Norm noch nicht zwingend den Schluss zulässt, die fragliche Bestimmung sei auch als Rechtsatz zu qualifizieren; ich musste vielmehr feststellen, dass zahlreiche Submissionsnormen, trotz ihrer Aussenwirkungen, dennoch nur als Verwaltungsverordnungen qualifiziert werden dürfen (228).

In rechtstheoretischer Konsequenz müsste aufgrund dieser Lage eigentlich der Schluss gezogen werden, dass solchen Submissionsbestimmungen, trotz ihren Aussenwirkungen, nicht die Bedeutung von Bundesverwaltungsrecht zugeschrieben werden kann; Verwaltungsverordnungen können eben kein objektives Recht sein.

Demnach wäre nur dasjenige Submissionsrecht Bundesverwaltungsrecht, welches Aussenwirkungen aufweist und von der Legislative oder von einer verfassungsmässig bevollmächtigten Exekutivbehörde erlassen wurde.

Es darf m.E. indessen nicht hingenommen werden, dass gerade

226 Z.B. Bestimmungen über die verwaltungsinterne Behandlung der Angebote.

227 Vgl. dazu oben 79 ff.

228 Vgl. dazu oben 82.

die verfassungswidrigen Submissionsbestimmungen (229) der Bundesrechtspflege entzogen bleiben. Sofern der Vergabebehörde keine verfassungskonforme SO zur Verfügung (230) steht, wird die Verfassung selbst Massstab für die Rechtmässigkeit der Submissionsakte (231). Die Bundesverwaltungsrechtspflegeinstanzen haben die angefochtene Verfügung, kraft ausdrücklicher Vorschrift, nicht nur auf ihre Uebereinstimmung mit dem Bundesverwaltungsrecht, sondern auf ihre Uebereinstimmung mit Bundesrecht schlechthin zu überprüfen (232); praktisch bedeutsam ist dies vor allem für die Rüge, die verfassungsmässigen (Individual-) Rechte seien verletzt worden. "Soweit kantonal letztinstanzliche Entscheide über ein Rechtsverhältnis des Bundesverwaltungsrechtes mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde weitergezogen werden können, fällt die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Bundesverfassung ausser Betracht (OG 84 II). Hier übernimmt die verwaltungsgerichtliche Beschwerde die Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde" (233).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es für die Zulässigkeit der Anfechtung submissionsrechtlicher Anordnungen bei den Bundesverwaltungsrechtspflegeinstanzen unerheblich ist, ob diese gestützt auf eidgenössische Submissionsbestimmungen

229 Vgl. dazu oben 82.

230 Kölz, VRG-Kommentar, N 159 zu VRG 5: " Die Verwaltung darf eine Verfügung nicht auf eine Verwaltungsverordnung allein abstützen."

231 Vgl. dazu auch Kölz, VRG-Kommentar, N 159 zu VRG 50.

232 VwVG 49 lit. a, OG 104 lit. a.

233 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 74 und die dort zitierten Entscheide: BGE 104 Ib 120 ff.; 102 Ib 67; 99 Ib 165, 389; 97 I 299, 96 I 187.

mit oder ohne Rechtssatzcharakter ergangen sind (234); erforderlich ist nur die Aussenwirkung (235) des gerügten Entscheides (bzw. der diesem zugrundeliegenden Norm). Unerheblich ist ferner, ob das Bundesrecht durch eine kantonale oder eidgenössische Stelle vollzogen wird (236) (237).

b. Legitimation zur Ergreifung von Bundesverwaltungs-
rechtsmitteln

An der Anfechtung einer staatlichen Arbeitsvergabe können namentlich der leer ausgegangene Submittent, der steuerzahlende Bürger im allgemeinen und die Berufsverbände im besonderen interessiert sein.

- 234 Dementsprechend wäre dem Erfordernis des Bundesverwaltungsrechtes auch Genüge getan, wenn überhaupt keine SO bestünde; dieses Problem stelle sich jedoch auf Bundesebene nicht.
- 235 Die Frage, ob den anwendbaren Submissionsbestimmungen Rechtssatzqualität beigemessen werden kann, ist immerhin für die materielle Beurteilung der Sache von Bedeutung: Kommt nämlich der Submissionsbestimmung, auf die die submissionsrechtliche Anordnung gestützt wurde, Rechtssatzqualität zu, so wird die Verfügung ausschliesslich auf Uebereinstimmung mit dieser Norm geprüft. Verordnungen des Bundesrates können allerdings ihrerseits auch noch auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden (e contrario aus BV 113 III). Kommt dagegen den, die Bewerber berührenden Submissionsnormen, keine Rechtssatzqualität zu, so spielen sie bei der Beurteilung der Verfügung nur eine geringfügige Rolle.
- 236 OG 98 lit. g, VwVG 72 lit. d.
- 237 Praktische Relevanz kommt in unserem Zusammenhang folgenden Erlassen zu: der Bundes-SO; den Ausführungsbestimmungen zur Bundes-SO für die Anwendung im Bereich der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB), der Bundeseinkaufsverordnung; 27-36 VNSG.

aa. Der leer ausgegangene Submittent

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes genügt zur Bejahung der Aktivlegitimation für die Ergreifung der Verwaltungs- (238) oder der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (239) ein sog. *tatsächliches Interesse* (240). Ein solches liegt auch dann vor, wenn hinter dem angerufenen Interesse kein Rechtsanspruch steht; ausreichend ist insbesondere ein *wirtschaftliches Interesse* des Beschwerdeführers.

Ansichts dieser Rechtslage kann die Aktivlegitimation des leer ausgegangenen Bewerbers nicht im Ernste bestritten werden (241). Fraglich kann sein, ob der übergangene Bewerber stets ein *aktuelles Rechtsschutzinteresse* nachweisen muss (242). Praktische Relevanz kommt dem Problem namentlich dann zu, wenn die Vergabebehörde den Bauvertrag mit einem anderen Unternehmer bereits vorbehaltlos abgeschlossen hat. Dieser Bauvertrag wird, vorbehältlich einer besonderen öffentlich-rechtlichen Norm, nicht mehr aufgehoben werden können (243); somit wird dem Rechtsbegehren des Beschwerdeführers, der Auftrag sei ihm zuzuschlagen, auf keinen Fall mehr entsprochen werden können.

In diesen Fällen wird indessen auf das aktuelle Interesse verzichtet werden müssen, würde sonst eine justizmässige Klärung der submissionsrechtlichen Fragen doch stets vereitelt werden

238 VwVG 48.

239 OG 103.

240 BGE 104 Ib 249, 258, 317 lit. f E. 3; 99 Ib 108.

241 Gl.M. Macheret, La qualité pour recourir, 173; Leiggenger, 156 ff.; Michel, N 14.29, 84/85.

242 Grisel, 478.

243 Pacta servanda sunt.

können (244).

Im Interesse der Rechtssicherheit sollten aber dennoch vor Ablauf der Rechtsmittelfristen keine Bauverträge abgeschlossen werden oder es sollte zumindest ein Rechtsmittelvorbekalt in denselben aufgenommen werden; selbstverständlich sollten auch die Bauarbeiten nicht vor Ablauf der Beschwerdefristen in Angriff genommen werden.

bb. Der steuerzahlende Bürger

Es ist nicht zu bestreiten, dass auch der Bürger interessiert ist, dass der Staat die ihm zur Verfügung stehenden Mittel optimal einsetzt und die (in demokratischer Weise festgelegten (245)) Ziele des Submissionsrechtes zu verwirklichen trachtet (246).

Auf der anderen Seite steht fest, dass der Gesetzgeber die sog. *Popularbeschwerde* nicht in die Verwaltungsrechtspflege aufnehmen wollte (247). Die Rechtsprechung verlangt in diesem Zusammenhang vom Beschwerdeführer, dass er sich über ein eigenes, unmittelbares Interesse an der Anfechtung auszuweisen vermag und dass er durch die Verfügung "mehr als jedermann" betroffen wird (248).

Besonders diese letzte Voraussetzung ist indessen für den Bürger nicht gegeben; auch die Tatsache, dass die Bürger ver-

-
- 244 Auch das Bundesgericht verzichtet auf das Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses, wenn sonst die gerichtliche Klärung einer Grundsatzfrage nie herbeigeführt werden könnte (BGE 96 I 419 E. 2) oder wenn eine Beurteilung aus anderen Gründen als angebracht erscheint (BGE 99 Ib 301 E. 1b).
- 245 Zum Postulat des Erlasses von SOen durch die Legislative, vgl. oben 83 ff.
- 246 Zu den Interessen im öffentlichen Vergabewesen, vgl. 10 ff.
- 247 BGE 99 Ib 107 E. 1b; 98 Ib 74.
- 248 Vgl. z.B. BGE 99 Ib 105 ff.

schieden hohe Steuern bezahlen, vermag daran nichts zu ändern; nach heutiger Auffassung schuldet der Bürger die seinen finanziellen Verhältnissen entsprechenden Steuern voraussetzungslos.

Als Fazit muss festgehalten werden, dass dem Bürger, sofern er seine Beziehungen zum Vergabeverfahren nur aus der Bezahlung seiner Steuern ableitet, keine Aktivlegitimation zur Anfechtung submissionsrechtlicher Entscheide zukommt.

cc. Die Berufsverbände

Nach der Rechtsprechung ist für die Zulässigkeit von Verbandsbeschwerden erforderlich, dass die fragliche Organisation (Verein, Genossenschaft) nach ihren Statuten die Beschwerdeinteressen ihrer Mitglieder zu wahren hat und mindestens eine beträchtliche Anzahl dieser Mitglieder selbst zur Beschwerde befugt wäre, weil sie durch die Verfügung betroffen sind (249). Ratio dieser Regelung bilden namentlich prozessökonomische Ueberlegungen (250). Diesem Erfordernis wird die Verbandsbeschwerde nicht gerecht, wenn durch sie die Zahl der Prozesse in einer bestimmten Streitlage erhöht oder auf jeden Fall nicht

-
- 249 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 119 und die dort zitierten Entscheide: BGE 104 Ib 318, sowie 101 Ib 110 E. 2a: "Er (der Filmproduzentenverband) wäre zur Beschwerde berechtigt, wenn es sich um Interessen handelte, die er nach seinen Statuten zu wahren hat, die der Gesamtheit oder doch der Mehrheit seiner Mitglieder gemeinsam sind und zu deren Geltendmachung durch Beschwerde jedes dieser Mitglieder selber befugt wäre (BGE 100 Ib 336 E. 2a)".
- 250 Vorbehältlich einer besonderen positivrechtlichen Vorschrift, die einem solchen Berufs- oder Wirtschaftsverband gesetzlich ein besonderes Beschwerderecht einräumt (VwVG 48 lit. b; OG 103 lit. c); solche Bestimmungen kennt das Bundessubmissionsrecht indessen nicht.

vermindert wird; aus diesem Grunde wird auch daran festgehalten, dass die Verbandsmitglieder selbst zur Beschwerdeführung legitimiert sein müssen.

Die theoretische Zulässigkeit der Verbandsbeschwerde im Submissionsrecht wird indessen in der Praxis kaum je gegeben sein; es wird nämlich dafür in der Regel die Gemeinsamkeit der Mitgliederinteressen fehlen. Da sich im allgemeinen nur einige Unternehmer an einer bestimmten Submission beteiligen, wird wohl nie die "Gesamtheit oder doch eine Mehrheit" der Verbandsmitglieder an der Vergabung beteiligt sein.

c. Frage der Kompetenzattraktion

Verdeutscht bedeutet "Kompetenzattraktion", dass eine Rechtspflegeinstanz teilweise die Zuständigkeit einer anderen Justizbehörde an sich zieht. Sie nimmt eigentlich eine Kompetenzausweitung oder Kompetenzüberschreitung vor.

aa. Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis

Es stellt sich die Frage, ob *das Vertragsverhältnis*, das durch den Zuschlag zwischen dem Staat und einem Unternehmer entstanden ist, das also nicht mehr zum Auswahlverfahren, der Submission, gehört, zuständigkeitsmässig den Bundesverwaltungsrechtspflegeinstanzen zu unterstellen ist.

Die in der Zweistufentheorie (251) vorgezeichnete Teilung zwischen der Verhandlungs- und der Vertragsphase ermöglicht auch eine verfahrensmässig verschiedene Behandlung. Diese drängt sich überdies aus praktischen Erwägungen auf: Muss der Vertragspartner des Gemeinwesens zur Durchsetzung seiner Ansprüche (z.B. die Zahlung des Werklohnes) auf den Klageweg greifen, so wird die Frage des Arbeitszuschlages oder anderer submissionsrechtlicher

251 Vgl. dazu oben 152 ff.

Anordnungen im Rahmen dieses Verfahrens wohl nie zur Diskussion gelangen; es wird kein Unternehmer auf die Idee kommen, den Arbeitszuschlag an sich selbst anzufechten.

Demgegenüber wird der Submittent, der Ansprüche aus dem Verhandlungsverfahren gerichtlich geltend machen will, keine vertraglichen Ansprüche geltend machen können. Da der *Bauvertrag* als ein solcher des Privatrechtes zu qualifizieren ist (252), sind nicht die Bundesverwaltungsrechtspflegeinstanzen, sondern die Zivilgerichte für die Beurteilung der vertraglichen Ansprüche zuständig.

bb. Ansprüche aus culpa in contrahendo

Die Frage der Kompetenzattraktion stellt sich noch für die Ansprüche *aus culpa in contrahendo* (253), die im Laufe des Submissionsverfahrens entstehen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf der Richter ein einheitliches Rechtsbegehren, das auf verschiedene Rechtsgründe gestützt wird, nicht in zwei Klagen zerlegen, die zum sachlichen Zuständigkeitsbereich verschiedener Gerichte gehören (254). Für die Zulässigkeit der Kompetenzattraktion (255) ist also insbesondere erforderlich, dass die erhobene, an sich zuständigkeitsfremde

252 Vgl. dazu unten 244 ff.

253 Vgl. dazu oben 96 ff.

254 Sträuli/Messmer, N 7 zu ZPO/ZH 17 und die dort zitierte Judikatur: BGE 92 II 312 E. 5; 91 II 65 E.2. Vgl. auch: Birchmeier, Handbuch der Bundesrechtspflege, 485; Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 890, 926 N 27 und die dort zitierten Entscheidungen des Bundesrates; Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes, 147 ff.

255 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 75, Ziff. 6.

Rüge in engem Sachzusammenhang zu der behaupteten Verletzung des Bundesverwaltungsrechtes steht. Der Zweck der Kompetenzattraktion liegt in der Erzielung eines widerspruchsfreien, prozessökonomisch zustandegekommenen Sachentscheides. Wendet man diese Grundsätze auf die Ansprüche aus culpa in contrahendo an, so kann der zu ziehende Schluss nicht zweifelhaft sein: Die submissionsrechtlichen Anordnungen werden von den Verwaltungsjustizbehörden beurteilt; da die *Ansprüche aus culpa in contrahendo* ebenfalls im Auswahlverfahren, der Submission, entstehen, rechtfertigt es sich, die Beurteilung des ganzen Fragenkomplexes den Verwaltungsbehörden zu überlassen.

2. Staatsrechtliche Beschwerde

a. Anwendungsbereich im Submissionsrecht

Die staatsrechtliche Beschwerde (StB) richtet sich gegen kantonale Erlasse und Verfügungen (256). Dass die staatsrechtliche Beschwerde gegen den *Erläss* kantonaler und kommunaler (257) Submissionsbestimmungen mit Aussenwirkungen schon nach der heutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig ist, habe ich bereits dargelegt (258). Zu prüfen bleibt hier nur noch, ob und in welchem Umfang die staatsrechtliche Beschwerde gegen konkrete kantonale und kommunale Submissionsverfügungen zugelassen werden müsste. Dass die submissionsrechtlichen Anordnungen, die die

256 OG 84.

257 Der Begriff der kantonalen Verfügung im Sinne von OG 84 beinhaltet auch die kommunalen Hoheitsakte; ebenso sehr fallen die Verfügungen der übrigen kantonalen öffentlich-rechtlichen Korporationen unter den Begriff des kantonalen Hoheitsaktes (Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde, 88, Ziff. 139). Nach BV 5 gewährleistet der Bund auch die verfassungsmässigen Rechte der Kantonsverfassungen, weshalb auch ihre Verletzung mit StB gerügt werden kann.

258 Vgl. dazu oben 188/189.

Bewerber berühren, Verfügungen im Rechtssinne sind, habe ich dargelegt (259); dieser Verfügungsbegriff genügt auch den Anforderungen von OG 84 - es gibt nur einen Verfügungsbegriff in der Bundesrechtspflege. Für die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde ist es unerheblich, welche Rechtsnatur der SO beizumessen ist, auf die die submissionsrechtliche Anordnung gestützt wird - bedeutungslos ist es in diesem Zusammenhang auch, ob der Vergabebehörde im konkreten Fall überhaupt eine SO zur Verfügung steht: Die staatsrechtliche Beschwerde dient neben anderen, hier nicht in Frage kommenden Beschwerdegründen ausschliesslich der Ueberprüfung der Verfassungsmässigkeit dieser kantonalen Hoheitsakte. Massgeblich ist allerdings, dass die als verletzt gerügte Verfassungsbestimmung dem Bürger ein ~~Individualrecht~~ einräumt, also nicht nur im öffentlichen Interesse aufgestellt ist (260); praktische Relevanz besitzen in unserem Zusammenhang namentlich die Rechtsgleichheit (BV 4) und die Handels- und Gewerbefreiheit (BV 31) (261).

b. Aktivlegitimation

Die Personengruppe, die an der Anfechtung von Submissionsentscheiden potentiell interessiert ist, deckt sich mit derjenigen bei den Bundesverwaltungsrechtsmitteln (262); es sind dies der leer ausgegangene Submittent, der Bürger und die Berufsverbände.

259 Vgl. dazu oben 150 ff.

260 Marti, 33 Ziff. 38.

261 Vgl. dazu oben 95 f., 184 ff.

262 Vgl. dazu oben 221.

aa. Der leer ausgegangene Bewerber

Nach OG 88 setzt die Beschwerdelegitimation die "Erleidung" einer "Rechtsverletzung" voraus; dabei beurteilt sich die Legitimationsfrage ausschliesslich nach OG 88 (263). Eine legitimationsbegründende Rechtsverletzung ist nach der Praxis gegeben, wenn der Bürger die Verletzung eines Rechtssatzes behauptet, welcher zum Schutze des Einzelnen erlassen wurde und der ihm einen entsprechenden Anspruch verleiht; eine legitimationsbegründende Rechtsverletzung liegt auch dann vor, wenn die als verletzt gerügte Norm sowohl im privaten als auch im öffentlichen Interesse erlassen wurde (264).

Der Submittent wird sich bei der Anfechtung einer vergaberechtlichen Anordnung in der Regel auf BV 4 oder 31 stützen; nach unbestrittener Meinung beinhalten diese Verfassungsbestimmungen Individualrechte. Inwiefern der Submittent "rechtlich geschützte Interessen" aus der Verfassung ableiten kann, ergibt sich aus den verschiedenen Bindungen, die dem Gemeinwesen bei der Arbeitsvergabe obliegen (265). Im Anschluss an den "Tessiner-Entscheid" (266), steht auch für das Bundesgericht die Anwendbarkeit der verfassungsmässigen Rechte im Submissionsverfahren fest. Da der nicht berücksichtigte Bewerber durch den Zuschlag an einen Dritten in seinen vermögensmässigen Interessen berührt ist, ist auch die allgemeine Rechtsmittelvoraussetzung der Beschwerde erfüllt.

263 Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde, 63, Ziff. 87.

264 BGE 98 Ia 654 E. 2; 91 I 413 E. 3.

265 Vgl. dazu oben 91 ff.; ebenso Leiggenger, 164.

266 Vgl. die Besprechung dieses Entscheides, BGE 102 Ia 533 ff.; oben 30 ff., 185 ff.

Sofern vor Ablauf der Rechtsmittelfristen bereits ein Bauvertrag abgeschlossen wurde und weder der Vertrag noch das Submissionsrecht die Anfechtung des Arbeitszuschlages vorbehält (267), kann auf das Erfordernis des aktuellen Anfechtungsinteresses verzichtet werden; es genügt alsdann ein virtuelles Interesse, weil "es sich um Vorkommnisse handelt, die sich jederzeit wiederholen können und die sonst nie zur bundesgerichtlichen Beurteilung kommen würden" (268). In Anwendung von OG 94 sollte der Beschwerde bei Bedarf auch aufschiebende Wirkung zuerkannt werden.

Als Fazit kann festgehalten werden, dass der leer ausgegangene Bewerber alle Voraussetzungen für die Ergreifung der staatsrechtlichen Beschwerde erfüllt.

bb. Die Bürger sowie die Berufs- und Wirtschaftsverbände

Was zur Beschwerdelegitimation des Bürgers bei den Instanzen der Bundesverwaltungsrechtspflege gesagt wurde (269), gilt umso mehr für die staatsrechtliche Beschwerde: Wenn jedem Bürger die Beschwerdebefugnis zustünde, so läge eine unzulässige Popularklage vor. Auch die Beschwerdebefugnis der Berufs- und Wirtschaftsverbände wird, gleich wie oben 224 f., bei der Bundesverwaltungsjustiz in der Regel an der mangelnden Gemeinsamkeit der Mitgliederinteressen scheitern (270).

267 Vgl. oben 222.

268 Diese Praxis ist namentlich aufgrund der Versammlungsverbote entwickelt worden; vgl. dazu etwa BGE 100 Ia 394 E. 1b; 99 Ia 691 E. 3; 94 I 32 E. 1; 92 I 24 E. 1.

269 Vgl. oben 223 ff.

270 "Was die Praxis vermeiden will, ist, dass der Verband lediglich als Interessenwahrer einzelner Mitglieder auftritt; in einem solchen Falle besteht kein Grund, dass die Betroffenen nicht selbst sollten Beschwerde führen. Dieses

c. Verhältnis zu den kantonalen Rechtsmitteln

Grundsätzlich sind die kantonalen Rechtsmittelinstanzen vor der Ergreifung der staatsrechtlichen Beschwerde zuerst zu durchlaufen (271). Sofern der Kanton keine (formellen) Submissionsrechtsmittel gewährt, ist die kantonale oder kommunale vergaberechtliche Anordnung ein letztinstanzlicher Entscheid i.S. von OG 86.

Obwohl diese submissionsrechtlichen Verfügungen alsdann doch vor das Bundesgericht getragen werden können, liegt bei dieser Variante doch eine Beschneidung des Rechtsweges vor; dem höchsten Gericht kommt nämlich bei solchen Beschwerden in der Regel nur die *Willkürkognition* zu (272).

Mit der staatsrechtlichen Beschwerde können auch Zwischenentscheide angefochten werden (273); diese schliessen, im Gegensatz zu den Endentscheiden, das Verfahren vor einer Instanz nicht ab, sondern werden im Laufe dieses Verfahrens erlassen. Aus Gründen der Prozessökonomie hat der Gesetzgeber in OG 87 die selbständige Anfechtung von Zwischenentscheiden, die ausschliesslich (!) auf BV 4 gestützt werden, auf Fälle beschränkt, die dem Beschwerdeführer "einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil" zufügen würden. Die submissionsrechtlichen Verfügungen, die im Laufe eines öffentlichen Vergabeverfahrens ergehen, können aber bei weitem nicht alle als "Zwischenentscheide" qualifiziert werden. Insbesondere entfallen dafür diejenigen Submissionsverfügungen, die zwar im Laufe eines Vergabeverfahrens ergehen, die aber das Ver-

Erfordernis hat zur Folge, dass die Beschwerdeführung durch den Verband nur in Frage kommt, wenn ein Erlass oder eine Allgemeinverfügung angefochten wird; bei Entscheiden sind regelmässig nur Einzelne betroffen", Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde, 76, Ziff. 115.

271 Ausnahmen von diesem Grundsatz enthält OG 86 II.

272 Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde, 159 ff.

273 Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde, 96 ff.

fahren für die betroffenen Bewerber abschliessen (274).
Als Zwischenentscheide sind dagegen etwa folgende Submissions-
verfügungen zu qualifizieren: Die Wahl der Vergebungsart (275),
die Verweigerung bzw. die unkorrekte Durchführung der Offert-
öffnung. Indessen verzichtet die Praxis (276) auch bei der
Anfechtung von Zwischenentscheiden auf die Erfordernisse von
OG 87, wenn der Beschwerdeführer neben BV 4 noch die Verletzung
anderer Verfassungsrechte rügt und diese Rügen nicht offen-
sichtlich haltlos erscheinen (277).
Das wird im Submissionsrecht in der Regel der Fall sein (278).

3. Kantonale Rechtsmittel

a. Kantone, welche nur die Aufsichtsbeschwerde und die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung stellen

In diese Gruppe gehört beispielsweise der Kanton Zürich (279).
Zu Recht haben insbesondere Tinner (280) und Kölz (281) bedauert,
dass der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz im Bereiche der
Leistungsverwaltung im Kanton Zürich einstweilen noch fehlt:

-
- 274 Z.B. der Ausschluss einer Offerte aus dem Wettbewerb oder
die unzulässige Wiederholung einer Ausschreibung.
- 275 Die beschränkte oder die allgemeine Submission, vgl.
dazu oben 47 ff.; allenfalls auch die direkte Vergabung,
vgl. oben 49 f.
- 276 Vgl. z.B. BGE 93 I 20 E. 2; 83 I 105.
- 277 Vgl. z.B. BGE 102 Ia 196; 99 Ia 44 E. 1.
- 278 Dabei wird neben BV 4 am häufigsten BV 31 ins Feld
geführt werden.
- 279 Im übrigen gehört beispielsweise der Kanton Bern aber
auch der Bund und etwa die Städte Zürich und Bern in
diese Gruppe.
- 280 Tinner Rolf, Die gegenwärtige Ordnung der Verwaltungs-
rechtspflege im Kanton Zürich, 518.
- 281 Kölz Alfred, VRG-Kommentar, N 2 zu VRG 41.

"Der Kompetenzkatalog des Verwaltungsgerichtes sollte sich nach dem Rechtsschutzbedürfnis der Bürger richten" (282). Dass ein solches Rechtsschutzbedürfnis im Submissionsrecht besteht, habe ich eingehend dargelegt (283).

§ 41 des zürcherischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes (284) lässt die Beschwerde ans Verwaltungsgericht dort zu, wo das Gesetz sie vorsieht. Unter "Gesetz" versteht das VRG nur Gesetze im formellen Sinne (285). In Anbetracht dieser Voraussetzungen fällt die Zürcher SO, die nur als Verwaltungsverordnung qualifiziert werden kann und die in bezug auf ihre nach aussen wirkenden Normen sogar verfassungswidrig ist (286), als kompetenzbegründender Erlass zum vornherein ausser Betracht (287). Dabei ist zu berücksichtigen; dass die zürcherische SO auch keine Bestimmungen über den Rechtsschutz enthält. Im übrigen bestehen auch keine anderen Rechtsnormen, die, de lege lata, die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes in Submissionssachen zu begründen vermöchten.

Diese Rechtslage ist in doppelter Hinsicht unbefriedigend: Durch den Erlass einer SO, die nicht den Erfordernissen rechtsstaatlicher Normsetzung zu genügen vermag (288), werden dem

282 Kölz Alfred, VRG-Kommentar, N 2 zu VRG 41, 286.

283 Vgl. dazu oben 200 ff.

284 VRG. Dieses Gesetz geht für die Zulässigkeit der Beschwerde nicht von einer Generalklausel aus; massgeblich ist vielmehr das *Enumerationsprinzip*, wonach das Verwaltungsrechtspflegegesetz nur kraft bestimmter Gesetzesvorschrift zuständig ist. Ergänzt wird dieses System durch Teilgeneralklauseln. Vgl. auch oben 191 zum gegenwärtig gebotenen submissionsrechtlichen Rechtsschutz im Kanton Zürich.

285 Kölz Alfred, VRG-Kommentar, N 6 zu VRG 41.

286 Vgl. dazu oben 81/82.

287 Vgl. auch oben 191.

288 Vgl. dazu oben 81/82, insbesondere N 87.

Bürger einerseits seine demokratischen Rechte in der Gesetzgebung entzogen - andererseits bewirkt die Ausgestaltung der SO als Verwaltungsverordnung (289) den Entzug des verwaltungsunabhängigen Rechtsschutzes.

Diese unbefriedigende Rechtslage kann nur durch eine entsprechende Revision des VRG oder durch eine kompetenzbegründende Ausgestaltung der SO begegnet werden (290). Der im Kanton Zürich gegenwärtig gewährte *Rechtsschutz im Submissionsrecht ist ungenügend* (291) und kann de lege lata auch nicht mit einer Aenderung der Rechtsprechung saniert werden.

Dagegen fragt es sich, ob, nach den gewonnenen Einsichten, de lege lata wenigstens ein besserer *verwaltungsinterner Rechtsschutz* gewährt werden kann: Das ist zu bejahen.

Nach VRG 19 sind "Anordnungen" einer unteren Verwaltungsbehörde, durch welche eine Sache materiell oder durch Nichteintreten erledigt worden ist, durch Rekurs an die obere Behörde weiterziehbar. Unter den Begriff der Anordnung fallen namentlich die Verfügungen im Rechtssinne (292); wie ich bereits dargelegt habe, stellen die vergaberechtlichen Massnahmen, die die Bewerber berühren, Verfügungen im Rechtssinne dar; das gleiche gilt für den Arbeitszuschlag (293).

289 Vgl. dazu oben 79 ff.

290 Zur anzustrebenden Erlassform für SOen vgl. oben 83 ff.

291 Vgl. oben 200 ff.

292 Kölz Alfred, VRG-Kommentar, N 1 zu VRG 19.

293 Vgl. dazu oben 150 ff., ebenso Kölz, VRG-Kommentar, N 18 zu 19. Weil Verfügungen generell der Rechtskontrolle unterliegen, ist auch die folgende, vom Zürcher Regierungsrat gemachte Ueberlegung zurückzuweisen: "Besteht kein Anspruch auf Zuweisung von Aufträgen, so wird durch den Zuschlag an einen anderen Bewerber auch nicht in die Rechte des einzelnen Unternehmers eingegriffen; dies aber

Nach VRG 20 können mit dem Rekurs alle Mängel des Verfahrens und der angefochtenen Verfügung geltend gemacht werden. Hiebei haben insbesondere die richtige Feststellung des Sachverhaltes und die Ueberprüfung der Ermessensausübung praktische Bedeutung; wichtig ist auch die Ueberprüfung allfälliger Grundrechtsverletzungen.

Bei der Ermessensüberprüfung ist gegenüber kommunalen Vergabebehörden deshalb eine gewisse Zurückhaltung am Platz, weil die zürcherischen Gemeinden auf dem Gebiete der Arbeitsvergabe autonom sind (294). Die Bestimmungen über den "Gemeinderekurs" i.S. von GG 152 brauchen hier nicht mehr näher untersucht zu werden; der Gemeinderekurs besitzt nämlich in unserem Zusammenhang deshalb keine Bedeutung mehr, weil die Submissionsverfügungen bereits nach VRG 19 anfechtbar sind (295).

- b. Kantone, welche verwaltungsunabhängige, formelle, öffentlich-rechtliche Rechtsmittel gegen submissionsrechtliche Anordnungen zur Verfügung stellen, obwohl das anwendbare Submissionsrecht dies nicht ausdrücklich normiert

Das Paradebeispiel für diese Rechtslage liefert der Kanton Obwalden (296). Das dortige Verwaltungsgericht betrachtet den Beschluss, "die Arbeit einem bestimmten Bewerber zuzuschlagen", immer dann als (anfechtbare) Verfügung, wenn dieser nach den

wäre Voraussetzung für eine rekursfähige Anordnung einer Verwaltungsbehörde, sowohl im Sinne von VRG 19 wie auch von GG 152" / SJZ 74 (1978), 78 E. 5 d).

- 294 Vgl. dazu oben 60 f., insbesondere N 3, ferner Kölz Alfred, VRG-Kommentar, N 16 zu VRG 20.
- 295 Vgl. dazu auch Mettler Max, Das Zürcher Gemeindegesetz, 392 Ziff. 2
- 296 Vgl. zur Obwaldner Rechtsprechung oben 198 f.

"öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der SO" getroffen wurde (297). Es ist richtig, dass der Zuschlag im allgemeinen und alle anderen vergaberechtlichen Anordnungen, die die Bewerber berühren im besonderen, stets Verfügungen im Rechtssinne darstellen (298); die Obwaldner Rechtsprechung ist daher grundsätzlich zu begrüßen. Sie versucht, im Rahmen der Mängel des Submissionsrechtes, den Bewerbern einen optimalen Rechtsschutz zu gewährleisten.

Auf die Dauer vermag eine solche Rechtslage indessen dennoch nicht zu befriedigen: Der Verwaltungsrichter kann den Gesetzgeber nicht ersetzen (299).

c. Kantone, welche ausdrücklich normierte formelle Verwaltungsrechtsmittel gegen Submissionsverfügungen kennen

Diese Rechtslage kennt der Kanton Schwyz; nur eine solche Ordnung vermag zu befriedigen - nur sie genügt den rechtsstaatlichen Anforderungen (300).

SO/SZ 22 I unterstellt "Verfügungen der vergebenden Stelle" (301) generell der Beschwerde an den Regierungsrat. Die regierungsrätlichen Verfügungen können alsdann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden. Um ein optimal schnelles Verfahren zu erzielen, sind die Rechtsmittel-

297 Damit wird die Zuschlagsverfügung als beschwerdefähiger Entscheid i.S. von Art. 63 I GOG/OW qualifiziert (ZBl. 79 (1978), 273 E. 6).

298 Vgl. oben 150 ff.

299 Vgl. oben 82, N 87.

300 Vgl. zu den rechtsstaatlichen Anforderungen an das Submissionsrecht, oben 83 ff.

301 Die Schwyzer Praxis versteht unter solchen Verfügungen sowohl den eigentlichen Zuschlag, wie auch die anderen verfahrensleitenden submissionsrechtlichen Anordnungen, vgl. im übrigen die Praxis des Schwyzer Verwaltungsgerichtes, oben 192 ff.

fristen generell auf fünf Tage beschränkt worden.

Der weitreichende Rechtsschutz gewährleistet die korrekte Einhaltung der vergaberechtlichen Normen. Die genau normierten Vergabungsgrundsätze erfüllen das Postulat der Rechtssicherheit; die Vergabebehörden, die Submittenten und die Verwaltungsrichter haben Klarheit darüber, welche Grundsätze anzuwenden sind. Die Schwyzer Rechtsprechung beweist schliesslich, dass das Submissionsrecht eine durchaus justiziable Materie ist.

6. Kapitel: RECHTSNATUR DES BAUVERTRAGES ZWISCHEN DEM
GEMEINWESEN UND DEM PRIVATEN UNTERNEHMER

Der Bauvertrag eines *privaten* Bauherrn mit einem Unternehmer ist unbestrittenermassen ein *privatrechtlicher* Werkvertrag i.S. von OR 363 ff.

Es ist zu prüfen, ob sich an dieser grundsätzlichen Feststellung dadurch, dass der Besteller eine Person des öffentlichen Rechtes ist, etwas ändert; als denkbare Lösungen fallen neben der *privatrechtlichen* Variante die Qualifizierung als *verwaltungsrechtlicher* Vertrag oder als *mitwirkungsbedürftige* Verfügung in Betracht.

Ich habe gezeigt, dass die Qualifizierung der *submissionsrechtlichen* Anordnungen die Rechtsnatur des Bauvertrages *namentlich* deshalb in keiner Weise präjudiziert, weil die *Rechtsbeziehungen* zwischen dem Gemeinwesen und dem ausgewählten Bewerber gar nicht mehr zum (*öffentlich-rechtlichen*) Auswahlverfahren, der *Submission*, gehören (1). Für die vertraglichen *Rechtsbeziehungen* zwischen dem Staat und dem ausgewählten Bewerber, die gewissermassen als *Vollzugsmittel der Zuschlagsverfügung* erscheinen, sind daher gesonderte Ueberlegungen anzustellen.

§ 1 Stellt der Bau-"vertrag" eine mitwirkungsbedürftige Verfügung dar ?

Für Imboden/Rhinow und die herrschende Lehre (2) ist die Abgrenzung des verfügenden vom vertraglichen staatlichen Handeln einfach: Entscheidendes Abgrenzungskriterium bildet die relativ sicher feststellbare *Hoheitlichkeit* des zu beurteilenden Aktes.

1 Vgl. dazu oben 48.

2 Imboden/Rhinow Nr. 35/B/II/b, 215.

Mit Kölz (3) habe ich indessen bereits festgestellt (4), dass beim Verfügungsbegriff auf das Merkmal der Hoheitlichkeit verzichtet werden sollte und dieses (insbesondere zugunsten des Rechtsschutzes auf dem Gebiete der Leistungsverwaltung) durch das Element "öffentlich-rechtlich" ersetzt werden sollte. Für den Vertragsbegriff steht die Inhalts-, die Abschlussfreiheit und die freie Wahl des Vertragspartner im Vordergrund. Demgegenüber ist die Verfügung einseitiger Natur; ob und mit welchem Inhalt die Verfügung ergeht, bestimmt das Gesetz.

Die Elemente der Abschlussfreiheit und der Partnerwahlfreiheit können hier nicht als Abgrenzungskriterium verwendet werden. Sie beziehen sich nämlich nicht auf den Bau-"vertrag", sondern betreffen das Auswahlverfahren. Es bleibt somit nur der *inhaltliche Freiheitsraum in der Ausgestaltung der Rechtsbeziehung* als relevantes Abgrenzungskriterium. Richtig ist, dass die zustimmungsbedürftige Verfügung auch der Mitwirkung durch den Adressaten bedarf; der *Konsens*, der für das Zustandekommen des Bau-"vertrages" erforderlich ist, stellt aber ein intensiveres Mitwirken des Privaten dar.

3 Kölz Alfred, VRG-Kommentar, N 47 zu VRG 19.

4 Vgl. dazu oben 154. M.E. verfällt Fleiner in dieser Frage in einen Widerspruch (Fleiner Thomas, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechtes, 135 ff.): Während er für das Submissionsrecht die Anwendung der Zweistufentheorie befürwortet (135), hält er am Kriterium der Hoheitlichkeit der Verfügung fest (144). Da der Zuschlag aber offensichtlich kein hoheitliches Verwaltungshandeln darstellt (vgl. dazu auch 150 ff.), kann man ihn nicht gleichzeitig als Verfügung qualifizieren und dennoch am Erfordernis der Hoheitlichkeit für Verfügungen festhalten.

Auch die zustimmungsbedürftige Verfügung bleibt nämlich ein einseitiger Rechtsakt. Die Mitwirkung bezieht sich bei ihr nicht auf den Inhalt des künftigen Rechtsverhältnisses; die Zustimmung des Verfügungsadressaten ist nur eine (gesetzliche) Voraussetzung dafür, dass sie überhaupt ergeht (5).

Die Inhaltsautonomie der Parteien ist zwar auch für den Bau-"vertrag" eine beschränkte. Neben den allgemeinen privatrechtlichen Schranken (z.B. OR 20) bestehen auch öffentlich-rechtliche (6). Der weitaus wichtigste Teil des Rechtsverhältnisses muss aber nach wie vor durch Vereinbarung der Beteiligten festgelegt werden (7).

Wie günstig diese Modalitäten für die Parteien alsdann ausfallen, hängt namentlich von der Konjunkturlage im Zeitpunkt der Submission ab (8): Diese beeinflusst das Preisniveau, die

-
- 5 Mitwirkungsbedürftige Verfügungen sind z.B. die Polizeierlaubnis, die Ausnahmebewilligung und die Konzession.
 - 6 Vgl. z.B. einen Entscheid des Appellationsgerichtes des Kantons Tessin vom 3. Oktober 1932, in ZBl. 1934, 449: "Ein mit einer Gemeinde abgeschlossener Vertrag wird stets unter der stillschweigenden Bedingung eingegangen, dass der Vertrag den Vorschriften des öffentlichen Rechtes entspricht und die Billigung der übergeordneten Verwaltungsbehörden findet. Ein besonderer Vorbehalt braucht darüber nicht in den Vertrag aufgenommen zu werden (...)." Die öffentlich-rechtlichen Schranken bestehen im übrigen nur deshalb, weil auch die Verträge des Gemeinwesens dem öffentlichen Interesse entsprechen müssen.
 - 7 Vgl. dazu auch Imboden Max, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 45a: "Je grösser der Umfang der Einwirkung der Beteiligten, desto angemessener erscheint es, eine Erscheinung als Vertrag und nicht als Verfügung zu deuten".
 - 8 Vgl. dazu oben 38; 87 f.

Ausführungstermine und mitunter auch die Qualität der Arbeit. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass letztlich nur deshalb von der vertraglichen Natur des Bau-"vertrages" ausgegangen werden muss, weil das Gemeinwesen auch nur ein Marktteilnehmer ist, der sich das Rechtsverhältnis zum privaten Unternehmer zu erhandeln hat (9).

§ 2 Der Bauvertrag als ein öffentlich- oder ein privatrechtliches Rechtsgeschäft

A. Meinungen in Wissenschaft und Praxis

Anders als die Frage der Verfügungsnatur (10) des Bau-"vertrages", die in der Literatur meines Wissens noch nicht erörtert wurde (11), ist diejenige nach der öffentlich- oder privatrechtlichen Vertragsnatur kontrovers.

Während Leiggener (12) und Dreyer (13) zum Schlusse kommen, dass der Bauvertrag dem öffentlichen Recht zu unterstellen sei,

-
- 9 Obwohl der Staat, nach heutiger Rechtslage, als Marktteilnehmer auftritt, ist doch zu berücksichtigen, dass er durch seine gewaltige wirtschaftliche Macht einerseits und durch die an Bedeutung zunehmenden Vertragsinhaltsbeschränkungen des öffentlichen Rechtes andererseits dem Unternehmer oft einen wesentlichen Teil des Vertragsinhaltes aufdiktieren kann. Wenn diese Entwicklung fort-dauert und sich allenfalls noch verstärkt, wird der Bau-"vertrag" dereinst als (mitwirkungsbedürftige) Verfügung qualifiziert werden müssen.

10 Vgl. dazu oben 238 ff.

11 Michel (N 16.2; S. 110) hat die Frage zwar aufgeworfen - er hält sie indessen nicht für diskussionswürdig.

12 Leiggener, 196.

13 Dreyer, 44 ff.

hält Michel (14) dafür, dass er "manchmal" als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu gelten habe (15).

Demgegenüber tritt die überwiegende Zahl der Autoren für die privatrechtliche Qualifizierung des Bauvertrages ein (16); auch die Judikatur geht von der privatrechtlichen Natur des Bauvertrages aus (17). Praktische Relevanz besitzt die Frage aus zwei Gründen: Die Qualifizierung entscheidet einerseits über das anwendbare materielle Recht und andererseits über

14 Michel, 130, N 16.31.

15 Michel, 130, N 16.31: "D'une part, négativement, il n'est pas exact de soutenir d'une manière générale que les marchés publics sont des contrats de droit privé, d'autre part, positivement, les marchés publics constituent parfois (!) des contrats de droit administratif".

16 Vgl. dazu beispielsweise: Gauch, Werkvertrag, 82, N 277; derselbe, Tagungsunterlagen 1979, 1 ff.; derselbe, Aktuelle Rechtsfragen des Bauvertrages, 5 ff.; derselbe, Einige Fragen zum Bauvertrag, 153 ff.; Imboden Max, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 54 a; Aubert Jean-François, Traité de droit constitutionnel, Nr. 1563/1662; Bonnard Claude, Problèmes relatifs au recours de droit public, 381 ff.; Grisel André, Droit administratif suisse, 52; Marti Hans, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, 43; Schneeberger Ernst, Ueber den Einkauf durch den Bund, 265 ff.; Zwahlen Henri, Le contrat de droit administratif, 528 a, in Ziff. 90 entscheidet er sich zwar grundsätzlich für die privatrechtliche Natur - er bringt indessen gewisse Vorbehalte an.

17 BGE 103 Ib 157 E. 2b; 89 I 278; 60 I 366; ZBl. 76 (1975), 475 ff.; SJZ 71 (1975), Nr. 15, 244 ff.; mit Michel (111, N 16.4) kann festgehalten werden, dass sich die Gerichte, in den verfügbaren Entscheiden, nicht speziell zur Rechtsnatur des Bauvertrages zu äussern hatten. In der Regel haben sie dagegen ihre Meinung, es handle sich um einen privatrechtlichen Vertrag, bei der Prüfung der Verfügungsnatur des Zuschlages zum Ausdruck gebracht: Der Zuschlag soll deshalb keine Verfügung sein, weil er nur den "Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mit einem Bewerber und die Ablehnung der Offerten der übrigen Bewerber darstelle" (BGE 103 Ib 157 E. 2b), vgl. dazu im übrigen 153 ff.

den einzuschlagenden Rechtsweg.

Die Autoren, die eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Bauvertrages postuliert haben, sind zur Frage, *wozu sie diese These aufgestellt haben*, nicht sehr ausführlich. Dreyer (18) zeigt seine Vorstellungen des Rechtsverhältnisses zwischen dem Staat und dem Unternehmer auf und fordert alsdann die Annahme eines verwaltungsrechtlichen Vertrages, weil er offensichtlich der Ansicht ist, dass sich seine *Postulate* mit den öffentlich-rechtlichen (Eingriffs-) Mitteln optimal verwirklichen lassen.

Nach Leiggener (19) verlangen die Interessen, die in diesem Stadium der Auftragsvergebung aufeinandertreffen, nach einer öffentlich-rechtlichen Regelung: Für ihn ist dieses Lebensverhältnis nicht "privatrechtsgeeignet" (20). Michel fragt, unter Berufung auf die verschiedenen von Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungstheorien, ob das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und dem Unternehmer dem öffentlichen- oder privaten Recht angehört (21); die verschiedenen Theorien geben dabei unterschiedliche Antworten, weshalb

18 Dreyer, 44 ff.

19 Leiggener, 184.

20 Leiggener, 181, und Michel, 110 N 16.1., setzen die Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages, unter Berufung auf die Literatur allgemein voraus, ohne die Frage des Zweckes einer solchen Lösung (ausdrücklich) aufzuwerfen.

21 Im einzelnen prüft er die Rechtsbeziehung des Staates zum Unternehmer unter dem Gesichtspunkt der Fiskustheorie (124 N 16.25), der Subjektionstheorie (125 N 16.26), der Subordinationstheorie (126 N 16.27), der Interessentheorie (127 N 16.28), der Funktionstheorie (128 N 16.29). Zusätzlich zu diesen, in der Schweiz hauptsächlich verwendeten Abgrenzungskriterien, zieht er noch ein weiteres, in der französischen Rechtsprechung und Doktrin entwickeltes

er zum Schluss kommt, dass die Bauverträge "manchmal" dem öffentlichen Recht angehören (22).

M.E. liegt indessen der eigentliche Hauptgrund, der Michel, Leiggener und Dreyer für den öffentlich-rechtlich ausgestalteten Bauvertrag optieren lassen, in einer *Höherbewertung der staatlichen Interessen vor den privaten*: Der Staat soll führen können, ohne auf den (mühsameren) Verhandlungsweg greifen zu müssen; im öffentlichen Interesse liegende Eingriffsrechte sollen also nicht erhandelt werden müssen, sondern bereits ex lege gelten.

Die Frage, ob eine solche Besserstellung des öffentlichen - vor dem privaten Bauherrn wünschbar ist, kann einstweilen offen bleiben; entscheidend ist zunächst vielmehr, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, überhaupt Normen aufgestellt werden dürfen, die den Geltungsbereich des *auf Bauverträge grundsätzlich anwendbaren Werkvertragsrechtes* einschränken.

B. Eigene Meinung

I Grundsatz

Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist ein Rechtsgeschäft im Bereich des öffentlichen Rechtes (23); daraus folgt, dass der Bauvertrag zum vornherein nur dann als öffentlich-rechtlicher

inhaltliches Abgrenzungskriterium heran (N 16.30). Danach kommt einem Vertrag eine verwaltungsrechtliche Natur zu, wenn er Bestimmungen (clauses exorbitantes) enthält, "ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles ou commerciales".

22 Michel, 130 N 16.31.

23 Imboden/Rhinow, Nr. 46/B/I, 280/281.

Vertrag qualifiziert werden kann, wenn für die Vertragsphase der staatlichen Arbeitsvergabe öffentlich-rechtliche Normen aufgestellt werden dürfen.

Nach BV 64 ist der Bund auf dem Gebiete des Zivilrechtes generell zur Gesetzgebung zuständig. Öffentliches Recht der Kantone und Bundeszivilrecht sollen nebeneinander bestehen.

Die Frage, ob die zivilrechtlichen Bestimmungen auch auf Rechtsverhältnisse zur Anwendung kommen sollen, an denen der Staat beteiligt ist, ist de lege ferenda eine solche der Zweckmässigkeit und damit der Gesetzgebungspolitik, de lege lata in erster Linie eine Frage der *Auslegung des positiven Rechtes* (24). Entscheidend ist aber, welche Rechtssätze bzw. welcher Gesetzgeber für die Zuweisung eines Lebensverhältnisses zum öffentlichen- oder privaten Recht massgeblich ist.

Für Mutzner ergibt sich die Antwort, im Sinne einer Kompetenzvermutung zugunsten des Bundes, aus der Verfassung (BV 64) selbst (25): "Indem der Bundesgesetzgeber in Ausführung von BV 64 gewisse Lebensverhältnisse, deren Zuweisung zum öffentlichen - oder zum privaten Recht zweifelhaft sein könnte, vom Standpunkt der Individualordnung aus regelte, hat er für diese Rechtsverhältnisse gleichzeitig auch die Kompetenzfrage zugunsten des Bundes gelöst". An dieser Aussage kann auch heute noch festgehalten werden; dabei ergeben sich aus ihr m.E. zwei Hauptkonsequenzen:

- Bei der Gesetzgebung entscheidet der Bundesgesetzgeber, ob die zu regelnde Materie privatrechtlich geordnet werden soll;
- inwiefern die Bundeszivilrechtsordnung das kantonale öffentliche Recht eingeschränkt hat, ergibt sich alsdann aus der

24 Mutzner Raetus, Bundeszivilrecht und kantonales öffentliches Recht, 10.

25 Mutzner, 15; Gl.M. ist auch Huber H., Der Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Kantonen, 63 ff.

Auslegung des Bundesrechtes; dabei ist ZGB 1 heranzuziehen, wenn sich aus der Zivilrechtsordnung im konkreten Fall keine Anhaltspunkte über ihren Geltungsbereich ableiten lassen. Der Bundesgesetzgeber hat im Interesse einer optimalen Verwirklichung des Bundeszivilrechtes die Gesetzgebungshoheit der Kantone über den Bereich des Privatrechtes hinaus überall dort eingeschränkt, wo er es für notwendig hielt (26); selbst wenn der Bundesgesetzgeber dabei gegen die kantonale Gesetzgebungshoheit (BV 3) verstösst, kann das Bundesgericht dagegen nicht einschreiten (BV 113 III) (27).

Es ist nunmehr konkret zu prüfen, ob die Kantone (28) (und, im Rahmen des kantonalen Staatsrechtes, die Gemeinden) öffentlich-rechtliche Grundsätze über den Bauvertrag aufstellen dürfen.

26 Vgl. etwa ZGB 136, 144, 261, 262, 312.

27 Ähnlich auch Mutzner, 22: "Hat der Bundesgesetzgeber eine Materie dem Zivilrecht zugewiesen, so hat er damit die Frage, wer zu ihrer Ordnung zuständig sei, im Sinne der Kompetenz des Bundes entschieden. Die Kantone können sich deshalb nicht auf den Standpunkt stellen, das Rechtsverhältnis gehöre nur formell dem Zivilrecht an, materiell aber dem öffentlichen Recht. Neben der zivilrechtlichen Ordnung des Bundes sei deshalb auch eine öffentlich-rechtliche Regelung durch die Kantone möglich. Auch in diesen (theoretisch vielleicht zweifelhaften) formell zugunsten der Bundeskompetenz entschiedenen Fällen sind kantonale Eingriffe in die bundesrechtliche Ordnung an die gleichen Voraussetzungen gebunden, wie bei den Rechtsverhältnissen, die nicht nur formell, sondern auch materiell dem Privatrecht angehören."

28 Dies gilt selbstverständlich auch für das öffentliche Recht des Bundes. Da der Bund indessen zum Erlass öffentlich-rechtlicher Bestimmungen einer ausdrücklichen verfassungsmässigen Ermächtigung bedarf, ist bei deren Fehlen sowieso nicht an eine Einschränkung zulasten des Bundeszivilrechtes zu denken.

Es frägt sich, ob das *Werkvertragsrecht* (OR 363 ff.), das auf die Bauverträge grundsätzlich Anwendung findet (29), eine abschliessende Regelung darstellt. Ein ausdrücklicher Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechtes der Kantone enthält das Werkvertragsrecht nicht (30); ebensowenig liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass das Werkvertragsrecht seinen Geltungsbereich durch einen stillschweigenden Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechtes einschränken wollte (31). Auch ist kein Grund dafür zu finden, dass auf die Bauverträge des Gemeinwesens eine andere obligationenrechtliche Regelung zur Anwendung kommen sollte, die ihrerseits einen Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechtes enthalten würde. Im weiteren kann auch festgehalten werden, dass sich aus ZGB 6 (32) nichts zur Frage ableiten lässt, "wann sich das Gemeinwesen auf den Boden des Privatrechtes begeben darf; ebensowenig lassen sich aus ZGB 6 Kriterien gewinnen, wenn zweifelhaft ist, ob sich das Gemeinwesen in einem konkreten Fall privatrechtlich betätigt hatte oder nicht" (33).

29 Vgl. dazu oben 238.

30 Alle Vorbehalte des Bundeszivilrechtes zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechtes sind unechte Vorbehalte; die betreffenden Befugnisse stehen den Kantonen schon aufgrund von BV 3 zu. Zu diesen Vorbehalten zählt ZGB 6 (als der allgemeinste), 616, 664, 666 II, 702, 705, 724, 795 II, 801 II; OR 73 II, 418, 763, 329 a II, 358.

31 ZGB 6, der den Kantonen die öffentlich-rechtliche Gesetzgebungsbefugnis ausdrücklich bestätigt (BV 3), setzt voraus, dass das kantonale öffentliche Recht *neben* dem Bundeszivilrecht besteht und letzteres nur dann einschränkt, wenn es für eine kantonale Regelung Raum lässt.

32 Gesetzlicher Randtitel: "II Öffentliches Recht der Kantone."

33 Hans Huber, Kommentar zum ZGB, N 62 zu ZGB 6.

Aus dem Gesagten folgt, dass auch die Bauverträge, an denen das Gemeinwesen beteiligt ist, grundsätzlich dem privatrechtlichen Werkvertragsrecht zu unterstellen sind.

Zum gleichen Ergebnis, wenn auch mit einer etwas anderen Begründung, gelangt auch Imboden in seiner Abhandlung über den verwaltungsrechtlichen Vertrag. Nach Imboden stellt die Anwendung des Privatrechtes im Bereich der administrativen Hilfstätigkeit (34), in welchen das Submissionswesen falle, ein "staatliches Leitprinzip" dar (35): "Vom eidgenössischen Zivilrecht wird vorausgesetzt, dass es im Rahmen des klassischen Bereiches nicht hoheitlicher Verwaltung grundsätzlich Anwendung finde" (36). Ein Kanton, der seine Beziehungen zum privaten Unternehmer öffentlich-rechtlich ordnen würde, verstiesse nach Imboden gegen den Grundsatz des Vorranges des eidgenössischen Rechtes; im Bereich der administrativen Hilfstätigkeit darf der Staat nur im Hinblick auf "hinreichende öffentliche

-
- 34 Nach traditioneller Auffassung wird der rechtsgeschäftliche Verkehr mit den Privaten, die dem Staat die zur Erfüllung seiner Aufgaben nötigen Güter und Dienstleistungen zur Verfügung stellen, zur sog. administrativen Hilfstätigkeit des Gemeinwesens gerechnet. Dass dieser Bereich nur indirekt zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben beiträgt (vgl. dazu z.B. Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 54 a), ist m.E. rechtlich irrelevant. Die Frage, ob sich die Verwendung dieses Begriffes rechtfertigt, kann hier offen bleiben; sofern damit indessen gesagt werden will, dass die dahinterstehende Tätigkeit nicht in den Geltungsbereich rechtsstaatlicher Garantien falle, dass sie also insbesondere keiner besonderen gesetzlichen Grundlage und eines verwaltungsunabhängigen Rechtsschutzes bedürfe, kann ich dem Vorgehen nicht beipflichten (vgl. dazu oben 200 ff.).
- 35 Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 58 a.
- 36 Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 58 a.

Interessen" zu einer anderen Ordnung übergehen (37). Den Folgerungen von Imboden ist in der Sache zuzustimmen. Die Anwendung des Bundeszivilrechtes auf die Bauverträge des Gemeinwesens erweist sich im übrigen auch materiell als richtig. Das Privatrecht enthält eine differenzierte Ordnung des Rechtsverhältnisses. Es würde *eine nicht zu rechtfertigende Ungleichheit zum privaten Bauherrn* bedeuten, wenn sich der Öffentliche auf besondere, nur diesem zustehende Eingriffsnormen stützen könnte (38).

- 37 Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 59 a; er nennt das Beispiel des Enteignungsrechtes sowie dasjenige des Beamtenrechtes: "Kann die Beschaffung der vom Gemeinwesen benötigten Sachgüter nicht mehr auf dem Wege des freien Austausches erfolgen, so tritt (im Enteignungsrecht) die Verpflichtung zur Zwangsleistung ein. Diese Ersetzung der vertraglichen Vereinbarung durch eine öffentlich-rechtliche Institution beschränkt indessen zwangsläufig die private Freiheit. Sie (die öffentlich-rechtliche Regelung) kann daher - entsprechend einem allgemeinem Grundsatz des liberalen Rechtsstaates - nur aus hinreichenden öffentlichen Interessen zulässig sein.

Das gleiche trifft zu, wenn eine administrative Hilfsfunktion - so wie dies für die persönlichen Dienstleistungen im Beamtenrecht geschehen ist - im Hinblick auf ihre grosse Ausdehnung und ihre enge Verflechtung mit primären Verwaltungsaufgaben dem öffentlichen Recht unterstellt wird. Auch hier liegt zum mindesten mittelbar eine Beengung der bürgerlichen Freiheit vor; das Gemeinwesen kann daher nicht ohne haltbare Gründe zur öffentlich-rechtlichen Gestaltung übergehen." Vgl. im übrigen auch die oben in N 16, S. 240, zitierte Literatur, die sich zugunsten einer privatrechtlichen Qualifizierung des Bauvertrages ausspricht.

- 38 Gl.M. ist auch etwa Gauch Peter, Aktuelle Rechtsfragen des Bauvertrages, 5 ff.: "Öffentliche Bauherren haben im vertraglichen Verhältnis zu privaten Unternehmern keinerlei Sonderrechte, mögen ihre Bauaufträge auch der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen (...). Sie haben diejenigen Rechte und Pflichten, die sich aus dem Inhalt des geschlossenen Bauvertrages ergeben. Dieser Bauvertrag, den öffentliche Bauherren mit privaten Unternehmern schliessen,

Beide Arten von Marktteilnehmern müssen sich, im Rahmen der konkreten wirtschaftlichen Lage, einen für sie optimalen Vertragsinhalt erhandeln. Die im Spiele stehenden Interessen, die sich bei der staatlichen Arbeitsvergabe namentlich im Begriff des günstigsten Angebotes niederschlagen, werden im Submissionsverfahren, welches mit dem Arbeitszuschlag seinen Abschluss findet, gewahrt; die Massnahmen des Submissionsverfahrens unterliegen bekanntlich der richterlichen Ueberprüfung (39).

Zusammenfassend kann hier festgehalten werden, dass das Bundeszivilrecht auch auf Bauverträge anzuwenden ist, an denen der Staat beteiligt ist. Deshalb verstossen kantonale Bestimmungen, die den Anwendungsbereich des Bundeszivilrechtes einschränken, grundsätzlich gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechtes.

II Ausnahme

Zu prüfen ist, ob der soeben aufgestellte Grundsatz (40) Ausnahmen erleiden kann.

Nach BGE 101 Ia 505/506 E. 2b muss das kantonale öffentliche Recht drei Voraussetzungen erfüllen, wenn es in Bereiche eingreifen will, die bereits durch das Bundeszivilrecht geregelt sind. Erstens darf die bundesrechtliche Regelung, nach dem Willen des Bundesgesetzgebers, nicht als eine abschliessende

untersteht nach herrschender (und richtiger) Auffassung in der Schweiz dem privaten Recht (...). Auch haben sie (die öffentlichen Bauherren) kein Recht, die getroffene Vergütungsabrede einseitig zu verändern, etwa unter Bezugnahme auf die "Mitteilungen über Lohn- und Preisänderungen im Bauwesen", welche die "Konferenz der Bauorgane des Bundes" periodisch erlässt (...). Den Inhalt des Bauvertrages allerdings können öffentliche Bauherren, gestützt auf ihre starke Marktposition, wesentlich beeinflussen".

39 Vgl. dazu oben 150 ff.

40 Oben 244 - 250.

gedacht sein; alsdann darf das Bundeszivilrecht nur aus haltbaren Gründen des öffentlichen Interesses beschränkt werden; schliesslich ist es den Kantonen verboten, Vorschriften aufzustellen, die das Bundeszivilrecht vereiteln oder dem Sinn und Geist desselben zuwiderlaufen (41).

Zu prüfen ist also, ob in besonderen Fällen ein öffentliches Interesse, ein "intérêt public pertinent" (42), an öffentlich-rechtlichen Vorschriften für den vertraglichen Bereich des staatlichen Arbeitsvergabewesens nachgewiesen werden kann. Die Autoren, die sich für die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Bauvertrages eingesetzt haben (43), lassen uns bezüglich dieser fundamentalen Frage weitgehend im Stich; Leiggener, Michel und Dreyer prüfen die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages unter diesem Gesichtspunkt überhaupt nicht, sondern setzen sie voraus. So erschöpfen sich etwa Leiggener's Ausführungen in der Darstellung einiger Grundsätze des öffentlich-rechtlichen Vertrages, die, seiner Ansicht nach, den Interessen der Vertragsparteien besser (als der privatrechtliche Vertrag) gerecht werden (44).

41 Vgl. im weiteren den schon mehrmals erwähnten Tessiner-Entscheid (BGE 102 Ia 539 E. 7) wo das Bundesgericht entschied, dass kantonale Bestimmungen, die Bewerber von den öffentlichen Submissionen ausschliessen, weil sie sich nicht verpflichten wollen, auf das mit ihren Angestellten bestehende Vertragsverhältnis den Gesamtarbeitsvertrag anzuwenden, nicht gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechtes verstossen. Vgl. im übrigen BGE 102 Ia 375 E. 2; 102 Ia 489 E. 6c; 102 Ib 288 E. b; 99 Ia 626; 98 Ia 495.

42 BGE 101 Ia 506 E. 2b.

43 Vgl. oben 241 f. N 12-15.

44 Leiggener, 187 ff.

Die in dieser Arbeit befürwortete Zweistufentheorie (45) erlaubt, den staatlichen Willensentschluss zur Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärung der Rechtskontrolle zu unterstellen. Dadurch wird die Einhaltung der Grundrechte und die Erreichung der besonderen submissionsrechtlichen Ziele gewährleistet. Diese Rechtslage findet ihre innere Rechtfertigung in den besonderen Verhältnissen des Auswahlverfahrens (46); der Bauvertrag gehört aber bekanntlich nicht mehr zu diesem Verfahren - er ist blosses Vollzugsmittel des Zuschlages (47). Die Gründe, die eine besondere, d.h. vom Privatrecht abweichende rechtliche Qualifizierung der staatlichen Willenserklärung erforderlich machten, können daher nicht auch auf den Bauvertrag angewendet werden. Damit ein Abweichen von der allgemeinen privatrechtlichen Ausgestaltung des Bauvertrages zulässig ist, müssen also besondere, diese Phase des Rechtsverhältnisses betreffenden Gründe vorgebracht werden können. Zwahlen, der zwar für die grundsätzlich privatrechtliche Natur des Bauvertrages eintritt (48), anerkennt, dass einzelne Arten solcher Rechtsgeschäfte *die fundamentalen Interessen des Staates* derart stark berühren oder so enge Beziehungen zwischen dem Unternehmer und der Verwaltung begründen, dass es sich seiner Ansicht nach, rechtfertigt, diese einer besonderen rechtlichen Ordnung zu unterstellen, damit dem Staate "genügende" Eingriffsmöglichkeiten auf seinen Vertragspartner eingeräumt werden können. Zwahlen denkt dabei etwa an den Bau militärischer

45 Vgl. oben 152 ff.

46 Vgl. oben 200 ff.

47 Vgl. auch oben 48, 238.

48 Zwahlen Henri, *Le contrat de droit administratif*, 528 a, Ziff. 90.

Anlagen oder an die Lieferung von militärischen Ausrüstungsgegenständen (49). Er übersieht indessen nicht, dass eine solche Konzeption eine schwerwiegende Rechtsunsicherheit zur Folge hätte (50): Tatsächlich bestünde in der Frage, welche Rechtsgeschäfte eine derartige Beziehung zwischen den Parteien schaffen, ein erheblicher Beurteilungsspielraum. Einen Ausweg aus dieser Situation ergibt sich nach Zwahlen dadurch, dass das Gesetz selbst oder eine Vertragsbestimmung klar vorschreibt, welche Rechtsnormen anwendbar sind.

Ich kann der Aufnahme von Vertragsklauseln, durch die der Staat obrigkeitlich in den Bauvertrag eingreifen könnte indessen nur zustimmen, wenn die einzelnen Befugnisse, die dem Gemeinwesen dadurch zukommen sollen, ausdrücklich genannt werden (51). Wird dieser Forderung nachgelebt, so handelt es sich bei den betreffenden Vertragsbestimmungen nur noch um solche, die auch mit einem privaten Bauherrn vereinbart werden könnten und die damit den Rahmen des Privatrechtes nicht sprengen.

Kompliziertere Fragen ergeben sich, wenn die öffentlich-rechtlichen Grundsätze, die im Bauvertrag angewendet werden sollen, in einem Gesetz statuiert werden. Auszuscheiden und daher (in diesem Zusammenhang) unproblematisch sind indessen zunächst

49 Zwahlen Henri, a.a.O., 529 a.

50 Zwahlen Henri, a.a.O., 529 a: "Ce serait créer la plus fâcheuse insécurité quant au droit applicable et à la juridiction compétente".

51 Als unzulässig müssten auch solche Vertragsklauseln bezeichnet werden, wenn sie nur unter den Einsatz der staatlichen Nachfragemacht in den Vertrag aufgenommen werden können, vgl. dazu oben 109 ff.

alle jene Sanktionsnormen, die nicht den Bauvertrag, sondern das Auswahlverfahren, die Submission, beschlagen. Diese Gruppe ist faktisch zudem quantitativ und qualitativ die weitaus wichtigste: Die meisten submissionsrechtlichen Eingriffsnormen sind eigentlich Zuschlags- oder Zulassungskriterien (52) - sie unterstehen der allgemeinen submissionsrechtlichen Rechtskontrolle (53). Unproblematisch sind aber auch jene "Sanktionsnormen", die nach ihrem klaren Wortlaut nur dann zu einer Strafe führen, wenn sie zum Vertragsinhalt erhoben worden sind (54); in diesem Falle handelt es sich um Vertragsstrafen im Sinne von OR 160 ff. (55).

In unserem Zusammenhang kommt nur denjenigen Eingriffsnormen praktische Bedeutung zu, die sich einerseits auf den Bauvertrag selbst beziehen und andererseits vom Gemeinwesen auch dann einseitig angeordnet werden können, wenn sie nicht Vertragsinhalt sind. Zu prüfen bleibt aber auch in diesen Fällen, ob die fragliche Sanktionsnorm nur als Verwaltungsverordnung qualifiziert werden kann (56). Diese Normen können überhaupt nur dann gegen den Unternehmer durchgesetzt werden, wenn die Auslegung des Bauvertrages ergibt, dass sie ausdrücklich oder konkludent zum Vertragsinhalt erhoben worden sind.

52 Vgl. dazu auch oben 63; als Beispiele können hiefür etwa die Arbeiterschutzbestimmungen (vgl. dazu auch den Tessiner Entscheid: oben 30 ff.), manchmal auch die Ortsansässigkeit genannt werden.

53 Vgl. dazu oben 150 ff.

54 Vgl. dazu etwa 68, N 31/32; 72; vgl. als Beispiel auch etwa SO/Zh 20 Ziff. 1 lit. e.

55 SR 220.

56 Vgl. dazu oben 79 ff.; de lege lata sind die meisten SOen, mangels genügender gesetzlicher Grundlage, als Verwaltungsverordnungen zu qualifizieren; zu den Submissionsbestimmungen, denen Rechtssatznatur zukommt, vgl. oben 81, N 82.

In den Bauvertrag kann zum vornherein nur mit solchen Sanktionsnormen einseitig eingegriffen werden, die verfassungsmässige Rechtssätze sind; als solche erweisen sie sich, wenn sie einerseits eine genügende gesetzliche Grundlage darstellen (57) und andererseits die Voraussetzungen erfüllen, die für eine Einschränkung des Bundeszivilrechtes erforderlich sind (58).

Es wird in der Folge zu prüfen sein, ob sich die bestehenden Eingriffsnormen in diesem Sinne als verfassungskonform erweisen.

Eingriffsnormen enthält z.B. das Submissionsgesetz des Kantons Luzern vom 10. April 1973. In SO/LU 4 (59) wird eine Aufsicht über den Auftragnehmer statuiert: "Die Einhaltung der Submissionsvorschriften und der vertraglichen Abmachungen ist von der vergebenden Instanz zu überwachen" (60).

57 Vgl. dazu oben 79 ff.; ebenso Grisel, 164: "Sans doute s'agit-il d'une loi au sens matériel, c'est-à-dire d'une règle qui fixe les droits et les obligations des administrés. Encore faut-il, cependant, que la règle soit édictée ou bien par le constituant, ou bien par le législateur fédéral ou cantonal, ou encore par un organe exécutif en vertu d'une délégation législative, soit par une autorité communale sur la même base ou dans le domaine d'activité propre de la commune."

58 Vgl. oben 251 N 41.

59 Eine weitere Kontrollbefugnis der vergebenden Instanz sieht das Luzerner Submissionsrecht in der Verordnung zum Submissionsgesetz vom 9. Juli 1973 vor. Das in § 26 der genannten Verordnung angeführte Aufsichtsrecht bezieht sich allerdings nur auf den Arbeitnehmerschutz und auf den vorgeschriebenen Versicherungsschutz.

60 Ähnlich, aber detaillierter, formuliert das Tessiner Submissionsgesetz: "Agli organi di direzione dell'appalante è riconosciuto, a scopo di controllo, il diritto di visitare

Zu prüfen ist zunächst, ob solche *Aufsichtsrechte* überhaupt einen Eingriff in das Bundeszivilrecht bedeuten. Das Werkvertragsrecht sieht keine Aufsichtspflicht des Bestellers vor: "Vielmehr darf sich der Besteller darauf verlassen, dass der Unternehmer das Werk auch ohne Ueberwachung mängelfrei herstellt" (61). Demgegenüber steht dem Besteller aber, als Minus zum Weisungsrecht (62), ein Aufsichtsrecht zu (63). Inhaltlich erstreckt sich das Aufsichtsrecht auf alle Fragen, deren Kenntnis zur Ueberprüfung der korrekten Vertragserfüllung erforderlich ist. Dieser weite Rahmen wird von den submissionsrechtlichen Aufsichtsbestimmungen offensichtlich nicht gesprengt, weshalb kein Eingriff in das Bundeszivilrecht vorliegt und die fraglichen Normen auf jeden Fall zulässig sind; bei solchen Aufsichtsnormen kann also gar nicht von "Eingriffsnormen" gesprochen werden. Materiellrechtlich bedeutungsvoll ist indessen, dass die öffentliche Vergabebehörde, etwa mit

i cantieri, le officine, i magazzini, i depositi, ecc. in cui l'impresa sta eseguendo o preparando lavori o parte dei lavori per l'appalante. Lo Stato ha pure la facoltà di controllare i salari corrisposti alla mano d'opera, nonché i provvedimenti presi dall'impresa per il vitto, l'alloggio, l'igiene e la sicurezza degli operai". (Randtitel des zitierten Art. 30 SO/TI: "III Diritti di controllo del'appalante."); der Erlass ist oben 31 N 81 ebenfalls erwähnt.

61 Gauch Peter, Werkvertrag, 223 N 927.

62 Das Weisungsrecht des Bestellers ergibt sich u.a. aus OR 369; durch dessen Ausübung "legt der Besteller fest, wie der Unternehmer in dieser oder jener Hinsicht bei der Ausführung des Werkes vorzugehen hat" (Gauch Peter, Werkvertrag, 161 N 643).

63 Eine besondere diesbezügliche Vertragsklausel ist (z.B. SIA-Norm 118, Art. 34 II : "Die Bauleitung ist befugt, die Ausführung der gesamten Vertragsarbeit des Unternehmers zu überwachen, dies auch ausserhalb der Baustelle") haben

der Luzerner Aufsichtsbestimmung, die *Pflicht* auf sich nimmt, den Unternehmer zu beaufsichtigen; sofern der Bauherr diese Pflicht alsdann nicht oder nur unzureichend erfüllt, muss ihm dies, beim Auftreten von Mängeln, als Verschulden angerechnet werden (64).

Problematisch ist dagegen etwa die folgende Sanktionsnorm:

"Widerhandlungen von Unternehmern (...) gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes, der Verordnung und der gestützt darauf abgeschlossenen Verträge können geahndet werden: a. von der vergebenden Instanz durch ganzen oder teilweisen Entzug des Auftrages, b. (...)" (65).

Diese Vorschrift greift eindeutig in das Bundeszivilrecht ein: Es wird der Vergabebehörde bei Vertragsverletzungen des Unternehmers ein von Gesetzes wegen geltendes Eingriffsrecht in den rechtsgültig abgeschlossenen Bauvertrag zugestanden; ein Recht, das die Behörde nach den privatrechtlichen Regeln nicht hätte. Die Folgen von Vertragsverletzungen hat der Bundesgesetzgeber geregelt; damit die genannte kantonale Bestimmung

in der Sache nur deklaratorische Bedeutung; wichtig sind sie aber insofern, als durch sie mögliche Unsicherheiten über den Umfang des Aufsichtsrechtes ausgeräumt werden können.

64 Vgl. dazu auch Gauch Peter, Werkvertrag, 223 N 928: "Hier (in den Fällen, in denen eine Ueberwachungspflicht vereinbart wurde) kann die fehlende oder unzureichende Ueberwachung Grund für ein Mitverschulden des Bestellers sein. Auch ist ein Mitverschulden dann anzunehmen, wenn der Besteller (oder dessen Hilfsperson) bei der tatsächlichen Ueberwachung der Vertragsarbeiten die Gefahr eines Werkmangels erkannte, den Unternehmer aber ohne Einspruch gewähren liess, obwohl er wusste, dass diesem die Gefahr unbekannt war." Vgl. auch den bei Gauch zitierten BGE 16, 386.

65 SO/LU 7, Randtitel: "Widerhandlungen".

verfassungsrechtlich zulässig ist, muss sie die Voraussetzungen für die Einschränkung des Bundeszivilrechtes erfüllen (66). Die Frage, ob die bundesrechtlichen Vorschriften über die Folgen von Vertragsverletzungen eine abschliessende Ordnung darstellen sollen, kann offen bleiben; das für die Einschränkung des Bundeszivilrecht vorausgesetzte öffentliche Interesse an der kantonalen Regelung muss nämlich der Luzerner Submissionsbestimmung zum vornherein abgesprochen werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb der öffentliche Bauherr obrigkeitlich den "ganzen oder teilweisen Entzug" des Auftrages soll verfügen dürfen, wenn er der Ansicht ist, es liege eine vertragswidrige Handlung des Unternehmers vor; zur Beurteilung der Rechtslage sind vielmehr die ordentlichen Gerichte zuständig.

Es können denn auch keine haltbaren Gründe vorgebracht werden, weshalb dem öffentlichen Bauherrn, anders als dem privaten, der Gang zum Richter erspart bleiben soll. Das Argument des Zeitgewinnes sticht jedenfalls nicht: Der private Bauherr ist nämlich auch an einer schnellen Abwicklung von Streitigkeiten interessiert. Neben dem fehlenden öffentlichen Interesse stellt diese Regelung auch einen unzulässigen Eingriff in den Sinn und Geist des Bundesprivatrechtes dar. Die Regelung führt zu einer schwerwiegenden Rechtsunsicherheit (67). Die luzernische Bestimmung lässt nämlich die Frage, ob der Auftrag auch entzogen werden darf, wenn die Arbeiten schon in Angriff genommen worden sind und, wenn ja, welche Rechtsfolgen, insbesondere welche Entschädigungspflichten alsdann eingreifen, völlig offen.

66 Vgl. oben 252 N 48.

67 Huber Hans, Berner Kommentar, N 213 zu ZGB 6.

Unter diesen Umständen muss die Verfassungsmässigkeit von SO/LU 7 verneint werden; die Vorschrift verstösst gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechtes.

Es ist schliesslich festzuhalten, dass (submissionsrechtliche) Eingriffsnormen in Bauverträge sehr selten sind. Andere Submissionserlasse, die Bestimmungen mit Rechtssatzcharakter enthalten, wie z.B. die VVO zum NSG oder die SO des Kantons Schwyz, enthalten überhaupt keine Eingriffsnormen betreffend den Bauvertrag.

7. Kapitel: DIE WICHTIGSTEN RESULTATE

1. Das Submissionsrecht ist zu kodifizieren (45) und zwar in einem Gesetz im formellen Sinne (83-88). Submissionsbestimmungen, die die Bewerber berühren aber dennoch nur als Verwaltungsverordnungen qualifiziert werden können, sind verfassungswidrig (79-82).
2. Die submissionsrechtliche Bevorzugung der ortsansässigen Unternehmungen einerseits, sowie der Klein- und Mittelbetriebe andererseits, ist zulässig (19-26); eine gewisse Zurückhaltung ist bei einer solchen Bevorzugung jedoch angezeigt.
3. Vorschriften, wonach nur diejenigen Unternehmungen bei der Arbeitsvergabe zu berücksichtigen sind, die die GAV und die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen auf ihre Arbeitnehmer anwenden, sind zulässig (30-33).
4. Unterangebote sind zu bekämpfen. Das "Zürcher-Modell" ist zu deren Feststellung geeignet; es ist justiziabel (38-40; 193 f.). Die Einreichung eines offensichtlichen Unterangebotes ist in der Regel als ein unlauteres Wettbewerbsgebahren zu qualifizieren (141-149).
5. Im Interesse der optimalen Verwirklichung submissionsrechtlicher Zielsetzungen und der Justiziabilität, muss der Begriff des günstigsten Angebotes in einem möglichst hohem Grade objektiv bestimmbar sein; auch der Ermessensbereich unterliegt aber der Rechtskontrolle (38 ff.; 192 ff.).
6. Abgebotsrunden sind nie zuzulassen (44).

-
7. Architekten- und Ingenieuraufträge können unter gewissen Voraussetzungen auch der Submission unterstellt werden (56-59).
 8. Obwohl das Verhandlungsverhältnis zwischen dem Staat und dem Submittenten grundsätzlich dem Privatrecht untersteht (90-91), ist die Privatautonomie der Vergabebehörden beschränkt: Anstelle des privaten Willkürrechtes tritt das pflichtgemässe Ermessen (92-93), die Bindung an das Submissionsrecht (93-95) und an die Grundrechte (95-96).
 9. Das Privatrecht auferlegt den Parteien des Verhandlungsverhältnisses eine Reihe von vorvertraglichen Treuepflichten (96-109); Preisabsprachen unter den Bewerbern begründen indes keine Haftung aus culpa in contrahendo (104-107). Submissionskartelle können aber gegen das KG verstossen (125-140); aus Gründen der praktischen Durchführbarkeit sollten wettbewerbsrechtliche Grundsätze direkt in der SO festgelegt werden (139-140).
 10. Sofern dem Gemeinwesen kartellrechtlich relevante Nachfragemacht zukommt (109-112), darf es diese nicht missbräuchlich ausnützen (112-114); u.U. besteht eine Kontrahierungspflicht zulasten des Staates (118); es ist angezeigt, ausgewogene allgemeine Geschäftsbedingungen zu schaffen (121).
 11. Der Vergabebeamte kann sich disziplinarisch und strafrechtlich verantwortlich machen (156-159; 162-172). Submissionsrechtliche Sanktionen gegen die Unternehmer bedürfen einer gesetzlichen Grundlage (160-162); der Unternehmer kann sich der aktiven Bestechung schuldig machen (172 f.).

12. Es besteht kein direkter Anspruch auf den Staatsauftrag. Dagegen kann sich ein solcher mittelbar aus der konsequenten Anwendung des gesamten Submissionsrechtes ergeben (174-183).

13. Der heute den Submittenten zur Verfügung stehende Rechtsschutz ist je nach der zuständigen Instanz recht unterschiedlich (183-199).

Der dargebotene Rechtsschutz ist vielfach ungenügend. Eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter ergibt, dass der nicht formelle Rechtsschutz (206) nicht zu befriedigen vermag (207-214). Nur ein verwaltungsunabhängiger, formeller, öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz vermag dem offensichtlichen Rechtsschutzbedürfnis der Submittenten zu genügen (192 ff.; 218-237).

Submissionsrechtliche Massnahmen, die die Bewerber berühren sowie der Arbeitszuschlag selbst, stellen Verfügungen im Rechtssinne dar (150-155). Diese sind zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (215 ff.).

14. Der Bauvertrag zwischen dem Gemeinwesen und dem Unternehmer ist grundsätzlich ein privatrechtlicher Werkvertrag (244-250). Die Zulässigkeit von (öffentlich-rechtlichen) Eingriffsnormen auf der Stufe des Vertrages ist nur in Ausnahmefällen zu bejahen (250-259).

Verordnung
über die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen
(Submissionsverordnung)¹
(vom 6. Februar 1976)

Der Kantonsrat des Kantons Schwyz,
auf Antrag einer Spezialkommission,
beschliesst:

I. Allgemeines

§ 1

¹Diese Verordnung gilt für die Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten und Lieferungen, die der Kanton und seine Anstalten ausführen lassen. Geltungsbereich

²Sie gilt auch für Arbeiten und Lieferungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten, an die der Kanton Beiträge leistet.

§ 2

Arbeiten und Lieferungen sind auf Grund eines öffentlichen Wettbewerbs zu vergeben, sofern nicht die in den §§ 3 oder 4 erwähnten besondern Voraussetzungen erfüllt sind. Allgemeiner Wettbewerb

§ 3

Ein auf einzelne Bewerber beschränkter Wettbewerb oder die direkte Vergebung ist zulässig, wenn die zu vergebende Leistung besondere künstlerische, technische oder wissenschaftliche Eignung oder besondere Erfahrungen voraussetzt. Beschränkter Wettbewerb oder direkte Vergebung

§ 4

Ohne Wettbewerb können Arbeiten und Lieferungen vergeben werden, wenn: Direkte Vergebung

- a) der Wert der Vergebung auf weniger als
Fr. 30 000.- bei Tiefbauten, weniger als
Fr. 12 000.- bei Hochbauten und weniger als
Fr. 8 000.- bei den übrigen Arbeiten und Lieferungen veranschlagt ist;
- b) Arbeiten und Lieferungen patentrechtlich geschützte Ausführungen umfassen;
- c) bei Ergänzungsarbeiten zu bereits erteilten Aufträgen eindeutige Rationalisierungsgründe für die direkte Vergebung sprechen;
- d) höhere Gewalt oder die Beseitigung von Gefahren besondere Dringlichkeit erfordert.

II. Ausschreibung

§ 5

Ort und Inhalt ¹Die öffentlichen Wettbewerbe werden im kantonalen Amtsblatt und nötigenfalls auch in der Lokal- und Fachpresse ausgeschrieben.

²Die Ausschreibung enthält folgende Angaben:

- a) Gegenstand und Umfang der Leistung,
- b) den voraussichtlichen Zeitpunkt der Ausführung oder Lieferung,
- c) Ort und Frist für die Einsichtnahme in die Wettbewerbsunterlagen und den zu entrichtenden Betrag für ihren Bezug,
- d) Ort und Zeit einer allfälligen Begehung,
- e) Ort und Frist für die Eingabe von Angeboten,
- f) Ort und Zeit der Oeffnung der Angebote.

³Bei der Ausschreibung ist eine Aufteilung der Arbeiten und Lieferungen nach den verschiedenen Berufsarten und Arbeitsgattungen nach Möglichkeit vorzusehen.

⁴Bei beschränkten Wettbewerben werden die Teilnehmer direkt eingeladen.

§ 6

Frist zur Einreichung der Angebote Die Eingabefrist ist so zu bemessen, dass den Bewerbern genügend Zeit für die Ausarbeitung und eine gründliche Berechnung ihrer Angebote bleibt.

§ 7

Unterlagen ¹Die sachlichen und zeitlichen Grundlagen der Bewerbung sind in einem ausführlichen Leistungsverzeichnis niederzulegen, welches die Beschreibung der einzelnen Arbeiten, die Materialqualitäten, die voraussichtlichen Mengen und besondere Bedingungen für die Ausführung enthält.

²Das Leistungsverzeichnis ist den Bewerbern auszuhändigen; Pläne und weitere Unterlagen können den Bewerbern abgegeben werden oder sind zur Einsichtnahme aufzulegen.

³Das Leistungsverzeichnis darf vom Bewerber nicht abgeändert werden. Will er Vorschläge für eine zweckmässigere oder vorteilhaftere Ausführungsart unterbreiten, so hat er dies in Form von separaten Varianten zu tun.

⁴Werden während der Eingabefrist Wettbewerbsunterlagen oder Bedingungen geändert oder Fragen einzelner Bewerber beantwortet,

so sind alle Interessenten, welche die Unterlagen verlangt haben, schriftlich zu informieren; nötigenfalls ist die Eingabefrist zu verlängern.

⁵Werden Pläne und Unterlagen gegen ein Depot abgegeben, so ist dieses bei Einreichung eines vollständigen Angebotes zurückzugeben.

III. Angebot

§ 8

¹Das Angebot ist bis zum festgelegten Zeitpunkt verschlossen bei der vorgeschriebenen Stelle oder der schweizerischen Post zu übergeben; es enthält das Datum und die Unterschrift. Der Gegenstand des Wettbewerbs ist auf dem Umschlag zu vermerken.

Allgemeines

²Mit der Bewerbung unterstellt der Bewerber sein Angebot den Vorschriften dieser Verordnung und anerkennt vorbehaltlos die Wettbewerbsbedingungen.

§ 9

Teilangebote sind nur zulässig, wenn sie in der Ausschreibung vorgesehen sind.

Teilangebote

§ 10

¹Es ist den Bewerbern gestattet, das Angebot im Namen einer Arbeitsgemeinschaft einzureichen. In diesem Fall ist anzugeben, wer der Arbeitsgemeinschaft angehört, und wer sie rechtsverbindlich vertritt. Das Angebot ist von sämtlichen Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft zu unterzeichnen.

Arbeitsgemeinschaft, Unterakkordanten und Lieferanten

²Auf Wunsch der ausschreibenden Stelle sind Unterakkordanten und Lieferanten anzugeben.

§ 11

Rabatte, Skonti und sonstige Vergünstigungen müssen im Angebot enthalten sein oder spätestens bis zum Eingabetermin der Bewerbung schriftlich eingereicht werden.

Vergünstigungen

§ 12

¹Vor Ablauf der Eingabefrist eingegangene Angebote dürfen weder geöffnet noch Mitbewerbern bekanntgegeben werden.

Behandlung der Angebote

²Die Angebote sind am festgesetzten Termin im Beisein von zwei Vertretern der vergebenden Stelle zu öffnen. Das Offtergebnis ist in einem Protokoll festzuhalten.

³Die Bewerber können an der Oeffnung teilnehmen.

§ 13

Prüfung der Angebote

¹Die Angebote sind fachlich und rechnerisch zu prüfen und auf eine objektive Vergleichsbasis zu bringen. Es können Sachverständige beigezogen und Preisanalysen sowie weitere Angaben verlangt werden.

²Liegen Varianten vor, die eine Aenderung der Aufgabe oder ein neues Programm zur Folge haben, so sind die Angebote durch Umrechnung objektiv vergleichbar zu machen.

§ 14

Eigentum an den Offterunterlagen

¹Von einem Bewerber eingereichte Offterunterlagen dürfen ohne sein Einverständnis Mitbewerbern nicht zugänglich gemacht werden. Diejenigen des berücksichtigten Bewerbers werden Eigentum der ausschreibenden Stelle.

²Der Bewerber hat keinen Anspruch auf eine Vergütung für die Ausarbeitung des Angebotes und für die Lieferung von Plänen, Mustern und Modellen.

§ 15

Verbindlichkeit und Rückzug

¹Ein Angebot ist für den Bewerber während 60 Tagen, vom Ablauf der Eingabefrist an gerechnet, verbindlich. In besondern Fällen kann eine andere Frist angesetzt werden.

²Ein Angebot kann nur bis zum Zeitpunkt der Eröffnung und nur schriftlich zurückgezogen werden.

IV. Vergabungsgrundsätze

§ 16

Günstigstes Angebot

¹Die Vergabung erfolgt an denjenigen Bewerber, der das günstigste Angebot eingereicht hat. Als günstigstes Angebot gilt dasjenige, das unter Berücksichtigung insbesondere der fachgerechten und rechtzeitigen Ausführung der Arbeit oder Lieferung den tiefsten Preis aufweist. Das niedrigste Angebot ist somit nicht immer das günstigste.

² Bei annähernd gleich günstigen Angeboten sind folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- Wohnsitz oder Geschäftsniederlassung im Kanton, im Bezirk oder in der Gemeinde;
- Abwechslung unter den Bewerbern;
- Beschäftigung von einheimischen Arbeitskräften und Verwendung einheimischer Baustoffe und Erzeugnisse.

§ 17

Unter annähernd gleich günstigen Angeboten kann die Arbeit oder Lieferung durch Teilung des Auftrages mehreren Bewerbern übertragen werden, auch wenn dies in der Ausschreibung nicht vorgesehen war. In diesem Fall steht es jedem Bewerber frei, von seinem Angebot zurückzutreten.

Teilung des Auftrages

§ 18

Angebote sind nicht zu berücksichtigen, wenn sie:

- den Bedingungen der Ausschreibung nicht entsprechen;
- nicht fristgerecht eingereicht werden;
- sich nach ihrem Inhalt und den eingereichten Mustern für den vorgesehenen Zweck nicht eignen;
- Merkmale ungenügender Erfahrung und Sachkenntnis oder des unlauteren Wettbewerbs aufweisen;
- die gesetzlichen oder gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzes nicht erfüllen;
- sich als offensichtliche Unterangebote erweisen.

Ausschluss von Angeboten

§ 19

¹ Aus wichtigen Gründen kann auf den Zuschlag verzichtet werden. Dies gilt namentlich dann, wenn sich die Voraussetzungen für die ausgeschriebenen Arbeiten oder Lieferungen seit der Eingabe der Angebote wesentlich verändert haben, wenn kein den Submissionsunterlagen entsprechendes Angebot vorliegt, oder wenn die Angebote in einer den Wettbewerb ausschliessenden Weise berechnet wurden.

Verzicht auf den Zuschlag, neues Verfahren

² Die Bewerber sind davon zu benachrichtigen.

§ 20

¹ Die Behörde teilt sämtlichen Bewerbern sofort schriftlich mit, wenn die Arbeit oder die Lieferung vergeben wurde.

Mitteilung der Vergabung

² Die Vergabung wird frühestens nach Ablauf der Beschwerdefrist wirksam.

§ 21

Vertrag Nach der Vergebung ist der Auftrag zu bestätigen und, soweit erforderlich, mit dem Unternehmer oder Lieferanten ein Vertrag abzuschliessen, der alle wesentlichen Rechte und Pflichten regelt.

§ 22

Rechtsmittel ¹Gegen Verfügungen der vergebenden Stelle kann unter Vorbehalt des Instanzenweges gemäss § 45 Abs. 1 Buchstabe a der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege Beschwerde beim Regierungsrat geführt werden. Der Regierungsrat entscheidet endgültig.

²Verfügungen, die der Regierungsrat trifft, können durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden.

³Die Rechtsmittelfrist beträgt fünf Tage vom Erhalt der Mitteilung gemäss § 20 Abs. 1 dieser Verordnung an.

§ 23

Befugnisse der Rechtsmittelin-
stanz ¹Verfügungen, insbesondere Vergabungen, welche dieser Verordnung widersprechen, sind unter Vorbehalt von Absatz 2 aufzuheben.

²Die Rechtsmittelinstanz, mit Ausnahme des Verwaltungsgerichtes, kann statt dessen oder daneben Weisungen erteilen. Der Regierungsrat kann auch Beiträge ganz oder teilweise entziehen.

V. Schlussbestimmungen

§ 24

Aufhebung von Erlassen Mit Inkrafttreten dieser Verordnung werden alle Bestimmungen, die ihr widersprechen, insbesondere die Verordnung über die Vergabung von Arbeiten und Lieferungen durch die Verwaltungen des Kantons Schwyz, vom 23. April 1947,¹ aufgehoben.

¹ GS 12-609.

§ 25

¹ Diese Verordnung wird dem fakultativen Referendum
gemäss § 31 Abs. 1 der Kantonsverfassung unterstellt.

Inkrafttreten

² Sie wird im Amtsblatt veröffentlicht und nach Inkraft-
treten¹ in die Gesetzssammlung aufgenommen.

³ Der Regierungsrat ist mit dem Vollzug beauftragt.

¹ Am 1. April 1976 in Kraft getreten (ABI 1976 264).

Verordnung
über die Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten
und Lieferungen bei Hoch- und Tiefbauten des Bundes
(Submissionsverordnung)
(Vom 31. März 1971)

Der Schweizerische Bundesrat
beschliesst:

Art. 1

Geltungsbereich

¹ Diese Verordnung gilt für die Ausschreibung und Vergebung von Arbeiten und Lieferungen bei Hoch- und Tiefbauten der Bundesverwaltung und ihrer Regiebetriebe.

² Unter Vorbehalt anderer massgebender Bestimmungen ist diese Verordnung sinngemäss anzuwenden auf Arbeiten und Lieferungen für Bauten, zu deren Finanzierung der Bund beiträgt.

Art. 2

Wettbewerb

¹ Arbeiten und Lieferungen sind auf Grund öffentlichen Wettbewerbs unter Vorbehalt nachstehender Bestimmungen zu vergeben.

² Ein auf einzelne, direkt einzuladende Bewerber beschränkter Wettbewerb für die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen ist zulässig, wenn

- die voraussichtliche Auftragssumme 500000 Franken für Arbeiten und Lieferungen des engeren Baugewerbes (Hoch- und Tiefbau) oder 50000 Franken für andere Arbeiten und Lieferungen nicht überschreitet;
- Gründe der Landesverteidigung dies erfordern;
- die Ausführung des Auftrages besondere Leistungsfähigkeit, Kenntnisse oder Erfahrung voraussetzt, die nur von einem beschränkten Kreis von Bewerbern geboten werden können. In diesem Fall kann auch ein Vorauswahlverfahren (Präqualifikation) durchgeführt werden.

³ Wettbewerbe zur Vergebung von Arbeiten und Lieferungen auf Grund einer Pauschal- oder Globalsumme für ganze Bauwerke oder Teile davon unterliegen ebenfalls dieser Submissionsverordnung.

- ⁴ Ohne Wettbewerb können Arbeiten und Lieferungen vergeben werden, wenn
- Arbeiten und Lieferungen patentrechtlich geschützte Ausführungen umfassen;

- bei Ergänzungsarbeiten zu bereits erteilten Aufträgen eindeutige Rationalisierungsgründe für die direkte Vergebung sprechen;
- bei Unterhaltsarbeiten und Reparaturen der voraussichtliche Auftrag 50000 Franken an das engere Baugewerbe (Hoch- und Tiefbau) und 10000 Franken an die übrigen Branchen des Baugewerbes nicht überschreitet;
- höhere Gewalt besondere Dringlichkeit gebietet.

Art. 3

Ausschreibung

¹Die öffentlichen Wettbewerbe werden im Bundesblatt, von den SBB im Eisenbahnamtsblatt, ausgeschrieben; ausserdem in der Fachpresse und in besonderen Fällen in andern Zeitungen. Dabei sind anzugeben:

- Gegenstand und Umfang der Leistung;
- voraussichtlicher Zeitpunkt der Ausführung oder der Lieferung;
- Ort und Frist für die Einsichtnahme in die Wettbewerbsunterlagen und ihren Bezug;
- Ort und Zeit einer allfälligen Baustellenbegehung;
- Ort und Frist für die Eingabe des Angebotes;
- in besonderen Fällen Dauer der Verbindlichkeit des Angebotes;
- Ort und Zeit der Oeffnung der Angebote.

²Bei beschränkten Wettbewerben werden die Teilnehmer direkt eingeladen.

³Die Eingabefrist ist so festzusetzen, dass den Bewerbern genügend Zeit zur gründlichen Prüfung der Unterlagen sowie zum Studium und zur Ausarbeitung ihrer Angebote bleibt. Wird die Eingabefrist verlängert, so ist dies allen Bewerbern rechtzeitig mitzuteilen.

⁴Die Ausschreibung und die Wettbewerbsunterlagen sind in der Regel in der Amtssprache des Standortes des Bauobjektes abzufassen.

Art. 4

Wettbewerbsunterlagen

¹In den Wettbewerbsunterlagen ist der Gegenstand der Ausschreibung genau und ausführlich zu beschreiben, damit der Bewerber ein klares Bild der Arbeiten sowie der zu übernehmenden Verpflichtungen erhält. Die örtlichen Gegebenheiten sind entsprechend der Besonderheit der Arbeit im voraus zu ermitteln; die Ergebnisse sind dem Bewerber bekanntzugeben. Das Leistungsverzeichnis hat die Beschreibung der einzelnen Arbeiten, die Materialqualität, die voraussichtlichen Mengen und allfällige besondere Bedingungen für die Ausführung des Werkes zu enthalten.

²Pauschal- oder Globalangebote für ganze Bauwerke oder Teile davon sollen nur auf Grund eines vollständigen Leistungsverzeichnisses oder eines genauen Pflichtenheftes eingeholt werden.

³ Die für die Ausarbeitung des Angebotes erforderlichen Pläne und sonstigen Grundlagen sind dem Bewerber zur Verfügung zu stellen. Das Leistungsverzeichnis ist im Doppel unentgeltlich auszuhändigen. Pläne und weitere Unterlagen sind an einem geeigneten Ort zur unentgeltlichen Einsichtnahme aufzulegen oder können dem Bewerber abgegeben werden, allenfalls gegen Vergütung der Selbstkosten. Werden Pläne und Unterlagen gegen ein Depot abgegeben, so ist dieses bei Einreichung eines vollständigen Angebotes zurückzugeben.

⁴ Werden während der Eingabefrist Wettbewerbsunterlagen oder Bedingungen geändert oder Fragen einzelner Bewerber beantwortet, so sind alle Bewerber rechtzeitig in Kenntnis zu setzen.

⁵ Die Ausschreibungsunterlagen sollen grundsätzlich in Uebereinstimmung mit den von den Bauorganen des Bundes anerkannten Normen der Fachverbände stehen; deren genormte Texte für Leistungsverzeichnisse sind zu verwenden.

Art. 5

Angebot

¹ Das Angebot muss bis zu dem in der Ausschreibung festgelegten Zeitpunkt verschlossen bei der vorgeschriebenen Stelle eingereicht sein. Es ist zu datieren und zu unterzeichnen. Der Gegenstand des Wettbewerbs ist auf dem Umschlag zu vermerken.

² Die Leistungsverzeichnisse sind unverändert und ohne Vorbehalt auszufüllen. Die Preise der Teilleistungen und die dazugehörigen Endsummen sind zu errechnen und einzusetzen. Auf Wunsch der ausschreibenden Stelle sind Unterakkordanten und Lieferanten anzugeben.

³ Teilangebote sind zulässig; sie sind als solche zu bezeichnen.

⁴ Es ist den Bewerbern gestattet, das Angebot im Namen einer Arbeitsgemeinschaft einzureichen. In diesem Fall ist anzugeben, wer der Arbeitsgemeinschaft angehört und wer sie rechtsverbindlich vertritt. Das Angebot ist von sämtlichen Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft zu unterzeichnen.

⁵ Bei Pauschal- und Globalangeboten hat der Bewerber ein detailliertes, prüfbares Leistungsverzeichnis mit den erforderlichen Plänen abzugeben. Bei Pauschalangeboten sind Preise, Qualitäten, Bedingungen und Termine unveränderlich. Bei Globalpositionen und in Globalangeboten ist deutlich zu vermerken, in welcher Weise das Angebot durch Aenderungen in seinen Kostenelementen beeinflusst wird.

⁶ Projektvarianten, eigene Vorschläge usw. kann der Bewerber in besonderer Beilage anbringen, auch wenn dies in der Ausschreibung nicht vorgesehen ist.

⁷ Bei Angeboten mit eigenem Projekt oder eigenen Projektvarianten hat der Bewerber vollständige und prüfbare Leistungsverzeichnisse und Planunterlagen abzugeben.

⁸ Projekte, Projektvarianten, Pläne, Muster und Modelle bleiben bis zur Vergebung Eigentum des Bewerbers und sind dem nicht berücksichtigten Bewerber zurückzugeben, sofern er sie innert 30 Tagen nach der Vergebung verlangt.

⁹ Mit der Einreichung eines Angebotes bekundet der Bewerber sein Einverständnis mit den Vorschriften der Submissionsverordnung und den Bedingungen der Ausschreibung. Er bestätigt, dass ihm die speziellen Verhältnisse und die Besonderheiten der Arbeit bekannt sind. Er verpflichtet sich, die branchenüblichen Gesamtarbeitsverträge und die ortsüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten.

¹⁰ Der Bewerber hat keinen Anspruch auf eine Vergütung für die Ausarbeitung des Angebotes, für die Lieferung von zugehörigen Plänen, Mustern und Modellen.

¹¹ Die Angebote bleiben während 30 Tagen, vom Ablauf der Eingabefrist an gerechnet, verbindlich. In besonderen Fällen kann eine andere Frist angesetzt werden.

Art. 6

Behandlung der Angebote

¹ Vor Ablauf der Eingabefrist eingegangene Angebote dürfen Mitbewerbern nicht bekanntgegeben werden.

² Bei freier Preisberechnung sind nach Ablauf der Eingabefrist Abänderungen der Angebote grundsätzlich nicht mehr zulässig. Allfällige Preisänderungen sind schriftlich und begründet einzureichen.

³ Bei Angeboten mit nahezu gleichen Einheitspreisen oder Endsummen und bei Kollektivangeboten bleiben der ausschreibenden Stelle Verhandlungen über die Preise mit den einzelnen Bewerbern unbenommen.

⁴ Die Angebote sind fachlich und rechnerisch zu prüfen und auf eine objektive Vergleichsbasis zu bringen. Zu diesem Zweck können Sachverständige beigezogen und Preisanalysen sowie weitere Angaben verlangt werden.

⁵ Bei Vorliegen von Varianten, die eine Aenderung der Bauaufgabe oder ein neues Bauprogramm zur Folge haben, sind die Angebote durch Umrechnung objektiv vergleichbar zu machen.

⁶ Von einem Bewerber eingereichte Projekte, Projektvarianten, Pläne, Muster und Modelle sowie von ihm dazu erstellte Vorausmasse dürfen ohne sein Einverständnis Mitbewerbern nicht zugänglich gemacht werden. Diejenigen des berücksichtigten Bewerbers werden Eigentum der ausschreibenden Stelle zur Verwendung für die ausgeschriebene Arbeit.

Art. 7

Teilung des Auftrages

¹Beabsichtigt die ausschreibende Stelle, die Arbeit in Lose aufzuteilen oder an mehrere Bewerber zu vergeben, so ist dies schon in der Ausschreibung bekanntzugeben.

²Die Arbeit kann mehreren Bewerbern übertragen werden, auch wenn dies in der Ausschreibung nicht vorgesehen war; in diesem Falle steht es jedem Bewerber frei, von seinem Angebot zurückzutreten.

Art. 8

Vergebungsgrundsätze

¹Arbeiten und Lieferungen sind nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit an denjenigen Bewerber zu vergeben, der das günstigste Angebot eingereicht hat. Als günstigstes Angebot gilt dasjenige, das unter Berücksichtigung insbesondere der fachgerechten und rechtzeitigen Ausführung der Arbeit oder Lieferung den tiefsten Preis aufweist. Das niedrigste Angebot ist somit nicht immer das günstigste.

²Bei gleich günstigen Angeboten sind folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- frühere gute Leistungen;
- Wohnsitz oder Geschäftsniederlassung in der Nähe des Ausführungsortes der Arbeiten;
- Abwechslung unter den Bewerbern.

³Angebote sind nicht zu berücksichtigen, wenn sie

- den Bedingungen der Ausschreibung nicht entsprechen;
- nicht fristgerecht eingereicht wurden;
- sich nach ihrem Inhalt und den eingereichten Mustern für den vorgesehenen Zweck nicht eignen;
- Merkmale ungenügender Erfahrung und Sachkenntnis oder des unlauteren Wettbewerbs aufweisen.

Den nicht berücksichtigten Bewerbern ist sofort nach der Vergabung Mitteilung zu machen. Die vergebende Stelle ist nicht verpflichtet, die Gründe der Nichtberücksichtigung bekanntzugeben.

⁴Das laufende Submissionsverfahren ist zu erweitern oder es ist ein neues durchzuführen, wenn

- die Voraussetzungen für die ausgeschriebene Arbeit oder Lieferung sich seit Eingabe der Angebote wesentlich geändert haben;
- die Verhandlungen gemäss Artikel 6 Absatz 3 zu keiner Verständigung führten;
- der Bewerberkreis keinen Wettbewerb gewährleistete.

Die bisherigen Bewerber sind hievon zu benachrichtigen.

Art. 9

Vertragsabschluss

¹Die Vergebung soll in der Regel innert 30 Tagen nach dem Eingabetermin erfolgen. Die vergebende Stelle erteilt den Auftrag vor Aufnahme der Arbeiten oder Ausführung der Lieferung mit schriftlicher Bestellung.

²Der Arbeitsbeginn und die Lieferfristen sind so festzusetzen, dass dem Unternehmer oder Lieferanten genügend Zeit für die Vorbereitung zur Verfügung steht.

Art. 10

Schlussbestimmungen

¹Diese Submissionsverordnung tritt am 1. Juli 1971 in Kraft. Sie ersetzt diejenige vom 4. März 1924 und hebt alle mit ihr in Widerspruch stehenden Vorschriften auf.

Bern, den 31. März 1971

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident:

Gnägi

Der Bundeskanzler:

Huber

(Kanton Zürich)

1.

Verordnung

über die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen
für den Staat (Submissionsverordnung)

vom 19. Dezember 1968¹

I. Vergebungsarten

§ 1. Arbeiten und Lieferungen für den Staat werden aufgrund eines Wettbewerbes oder freihändig vergeben, soweit der Staat sie nicht selber ausführt.

Vorbehalten bleiben bundesrechtliche oder zwischenstaatliche Bestimmungen.

§ 2. Ein allgemeiner Wettbewerb wird regelmässig durchgeführt, wenn die Arbeiten oder Lieferungen nach ihrer Art einen hohen Wert erreichen und eine grössere Zahl von Bewerbern für die Ausführung in Betracht kommt.

Allgemeine Wettbewerbe werden im kantonalen Amtsblatt und nach Bedarf auch in der Tages- oder Fachpresse ausgeschrieben.

§ 3. Ein Wettbewerb unter eingeladenen Bewerbern wird regelmässig durchgeführt, wenn die Arbeiten oder Lieferungen nach ihrer Art einen mittleren Wert erreichen, wenn nur eine beschränkte Zahl von Bewerbern als geeignet erscheint oder wenn die Vergebung dringlich ist.

§ 4. Freihändig werden Arbeiten und Lieferungen in der Regel vergeben, wenn sie einen verhältnismässig geringen Wert erreichen, wenn nach den Umständen nur einzelne Bewerber in Betracht kommen, wenn die Vergebung dringlich ist oder wenn ein Wettbewerb kein befriedigendes Ergebnis gezeitigt hat.

§ 5. Welche Vergebungsart gewählt wird, bestimmt im Einzelfall die vergebende Instanz nach pflichtgemässen Ermessen; der Regierungsrat und die Direktionen können darüber Richtlinien für die verschiedenen Arbeiten und Lieferungen erlassen.

Ein Anspruch Privater auf eine bestimmte Vergebungsart besteht nicht.

¹ Offizielle Sammlung der Zürcher Gesetze (OS) Bd. 43 S. 165

II. Die Erlangung von Bewerbungen

§ 6. Die Einladung zur Bewerbung erfolgt in der Regel nach Arbeitsgattungen getrennt.

Wenn dies für den Staat als zweckmässig oder vorteilhaft erscheint, kann jedoch eine Mehrzahl von Arbeitsgattungen zusammengefasst oder eine Generalvergebung angestrebt werden.

§ 7. Die sachlichen und zeitlichen Grundlagen der Bewerbung sind in einem genauen Leistungsverzeichnis und nötigenfalls ergänzend in Plänen oder sonstigen Unterlagen niederzulegen.

Das Leistungsverzeichnis kann Varianten der Ausführung oder Vergebung vorsehen, z.B. die Bildung von Losen.

Der Bewerber darf das Leistungsverzeichnis nicht abändern; will er Vorschläge für eine zweckmässigere oder vorteilhaftere Ausführungsart unterbreiten, so ist dies deutlich als Eventualangebot auszuzeichnen.

Wenn die Einladung zur Bewerbung dazu dient, die günstigste Lösung zu ermitteln, kann von einem genauen Leistungsverzeichnis abgesehen werden.

§ 8. Für die Ausarbeitung der Bewerbung wird eine Entschädigung nur ausnahmsweise ausgerichtet, sofern das Leistungsverzeichnis sie vorsieht.

Das Leistungsverzeichnis bestimmt, ob und zu welchen Bedingungen Pläne, Muster, Modelle und sonstige Bewerbungsbeilagen in das Eigentum des Staates übergehen.

§ 9. Das Leistungsverzeichnis bestimmt, wie lange der Bewerber an sein Angebot gebunden ist.

Die Frist hiefür soll in der Regel drei Monate nicht überschreiten.

§ 10. Kollektivangebote sind nur zulässig, wenn die Bewerber die Arbeit oder Lieferung gemeinsam ausführen wollen.

§ 11. Die Bewerber dürfen zwischen Eingabetermin und Zuschlag mit den die Vergebung vorbereitenden Beamten nur auf besondere Einladung hin in Verbindung treten.

Rabatte, Skonti und sonstige Vergünstigungen müssen in der Eingabe enthalten sein oder spätestens bis zum Beginn der Eröffnung der Bewerbung eingereicht werden.

§ 12. Bei allgemeinen Wettbewerben werden die Bewerbungen nach Ablauf der Eingabefrist in Anwesenheit von wenigstens zwei Beamten geöffnet.

Die Eröffnung der Bewerbungen ist öffentlich.

Ueber die Eröffnung ist ein Protokoll anzulegen, welches die beteiligten Beamten, die Bewerber und die Endsummen der Bewerbungen anführt; es wird binnen fünf Tagen seit der Eröffnung aufgelegt und kann hernach von jedem Bewerber während zwanzig Tagen eingesehen werden.

III. Die Vergebung

§ 13. Die Vergebung erfolgt aufgrund der überprüften Bewerbungen in der Regel an den preisgünstigsten Bewerber, sofern er für eine zeit- und sachgerechte Ausführung der Arbeit oder Lieferung Gewähr bietet.

Bei gleichwertigen Bewerbungen berücksichtigt die Behörde den Umfang der sonstigen staatlichen Aufträge der Bewerber in den letzten fünf Jahren; die Direktion der öffentlichen Bauten führt zu diesem Zwecke ein zentrales Register über sämtliche staatlichen Vergabungen.

Ausgeschlossen ist die Vergebung an Bewerber, welche die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses in wesentlichen Punkten missachtet haben, ferner an solche Bewerber, die ihren Pflichten dem Staat gegenüber nicht nachkommen.

§ 14. Die Behörde erteilt über die Gründe der Vergebung keine Auskunft.

§ 15. Nach erfolgter Vergebung ist mit dem Unternehmer oder Lieferanten in der Regel ein schriftlicher Vertrag abzuschliessen, der alle für die gegenseitigen Rechte und Pflichten wesentlichen Punkte regeln soll.

IV. Schlussbestimmungen

§ 16. Diese Verordnung tritt mit ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft.

Auf diesen Zeitpunkt werden alle entgegenstehenden Vorschriften aufgehoben, insbesondere die gleichnamige Verordnung vom 17. Juni 1943.

2.

Richtlinien der Baudirektion
zur Verordnung über die Vergebung von Arbeiten und
Lieferungen für den Staat (Submissionsverordnung)
vom 19. Dezember 1968

(vom 6. Juni 1975)

I. Geltungsbereich

Diese Richtlinien gelten für alle Arbeiten und Lieferungen für den Staat, für welche die Baudirektion zuständig ist oder dem Regierungsrat Antrag stellt.

II. Vergebungsarten

1. Allgemeiner Wettbewerb (§ 2 Submissionsverordnung/hocher Wert)

Ein allgemeiner Wettbewerb muss in jedem Fall durchgeführt werden, wenn der Kostenvoranschlag für die einzelne Vergebung den Betrag von Fr. 300 000.- übersteigt.

2. Wettbewerb unter eingeladenen Bewerbern (§ 3 Submissionsverordnung/mittlerer Wert)

Ein Wettbewerb unter eingeladenen Bewerbern darf durchgeführt werden, wenn die einzelne Vergebung auf höchstens Fr. 300 000.- veranschlagt ist.

3. Freihändige Vergebung (§ 4 Submissionsverordnung/geringer Wert)

Freihändig darf vergeben werden, wenn der Kostenvoranschlag für die einzelne Vergebung auf höchstens Fr. 30 000.- lautet.

4. Ausnahmen

In begründeten Ausnahmefällen, namentlich bei besonderen kantonalen Interessen, kann von den vorgenannten Werten nach Rücksprache mit der Baudirektion abgewichen werden.

III. Ausschreibung und Einladung zur Bereinigung

Wenn die Vergebung einer Arbeit in Losen vorgesehen ist oder vorbehalten wird, so soll dies in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vermerkt werden.

Je nach den konjunkturellen Verhältnissen in der betreffenden Branche ist eine vermehrte Aufteilung der Arbeiten in Lose anzustreben.

Werden nach der Offertöffnung formelle Fehler im Verfahrensgang, materielle Mängel des Leistungsverzeichnisses oder andere erhebliche Fehler seitens der vergebenden Behörde entdeckt, so sind diese der Baudirektion mitzuteilen. In der Regel sind die Bewerber einzuladen, ihre Offerte bezüglich des betreffenden Tatbestandes, ohne Vornahme von Abgebotsen, neu zu überprüfen.

Eine Neuausschreibung ist nur dann angezeigt, wenn die ursprüngliche Ausschreibung nicht nach den Grundsätzen und Richtlinien der Submissionsverordnung erfolgte.

IV. Einladung von Verbänden zur Selbstkostenkalkulation

Die grösseren Verbände können jeweils eingeladen werden, zu Vergleichszwecken eine Eingabe aufgrund der unternehmerischen Selbstkosten auszuarbeiten.

Richtofferten sind nicht zu berücksichtigen.

V. Kontrolle der Offerten

Durch die Abteilung, welche die Ausschreibung veranlasst hat, sind die Offerten in rechnerischer und materieller Hinsicht zu kontrollieren und nötigenfalls zu berichtigen.

Es ist untersagt, mit den Unternehmern Preisdiskussionen (im Sinne von Abgebotsen) zu führen.

VI. Bekanntgabe der bereinigten Offerten

Allen Unternehmern ist bei sämtlichen Wettbewerbsarten durch Zirkular das Ergebnis der Offertbereinigung bekannt zu geben oder die Möglichkeit der Einsichtnahme zu gewähren.

VII. Grundsätze der Vergebung

Vermag das Ergebnis der Ausschreibung nicht zu befriedigen, so ist der Baudirektion ein begründeter Antrag auf Wiederholung der Ausschreibung zu unterbreiten.

1. Preisgünstigste Bewerbung

Im Rahmen von § 13 der Submissionsverordnung ist grundsätzlich die preisgünstigste Bewerbung zu berücksichtigen. Dies bedeutet aber nicht, dass in jedem Fall der billigste Bewerber zum Zug kommt, da neben den Investitionskosten auch die Unterhalts- und Betriebskosten zu berücksichtigen sind. Ebenso grosses Gewicht wie dem Preis ist der Gewähr für zeit- und sachgerechte Ausführung beizumessen.

Dabei ist namentlich zu prüfen:

- die Leistungsfähigkeit des Unternehmens;
- die fachliche Qualifikation;
- die Kreditwürdigkeit.

2. Gleichwertige Bewerbungen

Als gleichwertige Bewerbungen gelten solche, die einerseits absolute Gewähr für zeit- und sachgerechte Ausführung bieten und anderseits gegenüber dem preisgünstigsten Angebot (unter Berücksichtigung der Unterhalts- und Betriebskosten, nicht aber des Steuerdomizils) die nachfolgenden Toleranzwerte nicht übersteigen:

preisgünstigstes Angebot			Toleranzwerte		
unter	Fr.	10 000.-	6 %		
Fr.	10 000.- bis	50 000.-	5 %	jedenfalls aber	Fr. 600.--
Fr.	50 000.- bis	200 000.-	4 %	" "	Fr. 2 500.-
Fr.	200 000.- bis	500 000.-	3 %	" "	Fr. 8 000.-
Fr.	500 000.- bis	1 000 000.-	2 %	" "	Fr. 15 000.-
Fr.	1 000 000.- bis	10 000 000.-	1 %	" "	Fr. 20 000.-
über		10 000 000.-	1/2 "	" "	Fr. 100 000.-

Im Rahmen der gleichwertigen Bewerbungen entscheidet die vergebende Behörde nach den Kriterien von § 13 der Submissionsverordnung und im übrigen nach den besonderen kantonalen Interessen.

3. Unterangebote¹

Offensichtliche Unterangebote, die eindeutig unter den unternehmerischen Selbstkosten liegen, sind in bezug auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmens, dessen fachliche Qualifikation und insbesondere dessen Kreditwürdigkeit genauestens zu prüfen. Die Baudirektion ist über diese Offerte separat zu orientieren.

¹ Aufgehoben gemäss Ziffer II der Schlussbestimmungen der ergänzenden Richtlinien vom 1. Januar 1976 (S. 11 hernach).

3.

Ergänzende Richtlinien der Baudirektion
zur Submissionsverordnung vom 19. Dezember 1968
zur Ausschaltung von Unterangeboten und Wettbe-
werben mit preisgleichen Offerten

(vom 1. Januar 1976)

A. Ausscheidung der unterangebotsverdächtigen Offerten

I. Bei allgemeinen Wettbewerben gemäss § 2 Submissionsverordnung:

1. Von allen eingereichten und gültigen Offerten (mit Ausnahme der Varianten gemäss § 7 Abs. 2 und 3 Submissionsverordnung, welche separat zu prüfen sind; vgl. Ziffer III hernach) ist das arithmetische Mittel zu er- rechnen. Offerten, welche preislich mehr als 30 % über dem arithmerischen Mittel liegen, sind für die weitere Berechnung auszuschneiden.

2. Von den verbleibenden Offerten ist wiederum das arithmetische Mittel zu bestimmen. Für diejenigen Offerten, welche 15 % und mehr unter dem er- rechneten Mittel liegen, besteht die Vermutung eines Unterangebots. Sie sind - unter Vorbehalt von Ziffer 3 - vom Wettbewerb auszuschliessen.

3. Den Bewerbern mit einer unterangebotsverdächtigen Offerte ist unver- züglich mit eingeschriebenem Brief davon Kenntnis zu geben und eine Frist von 14 Tagen anzusetzen, um zu beweisen, dass ihre Offerte die unternehme- rischen Selbstkosten decke. Die Mitteilung ist mit der Androhung zu verbind- den, dass andernfalls ihre Offerte als Unterangebot vom Wettbewerb ausge- schlossen werde.

Kann der Gegenbeweis nicht erbracht werden, ist der Bewerber aus dem Wettbewerb auszuschliessen. Der Poststempel ist für die Einhaltung der Frist massgebend.

4. Unter den im Wettbewerb verbleibenden Bewerbern ist an denjenigen zu vergeben, der die in der Submissionsverordnung und den Richtlinien der Bau- direktion vom 6. Juni 1975 aufgestellten Vergebungsgrundsätze erfüllt.

5. Die Beweiswürdigung gemäss Ziffer 3 erfolgt durch die vergebende Instanz. Deren Entscheid ist nicht rekursabel.

6. Werden weniger als fünf vergleichbare Offerten eingereicht, so sind die nachfolgenden Bestimmungen unter Ziffer II anzuwenden.

II. Bei Wettbewerben unter eingeladenen Bewerbern gemäss § 3 Submissionsverordnung:

1. Für Offerten, die um mehr als den nachfolgenden Prozentsatz unter dem zweitgünstigsten Angebot liegen, besteht die Vermutung eines Unterangebots. Sie sind - unter Vorbehalt der rechtzeitigen Erbringung eines Gegenbeweises - vom Wettbewerb auszuschliessen:

zweitgünstigstes Angebot		Vermutung eines Unterangebots bei Abweichungen von mehr als:
unter	Fr. 10 000.-	16 %
Fr. 10 000.- bis	50 000.-	15 %
Fr. 50 000.- bis	200 000.-	14 %
Fr. 200 000.- bis	500 000.-	13 %
Fr. 500 000.- bis	1 000 000.-	12 %
Fr. 1 000 000.- bis	10 000 000.-	11 %
über	10 000 000.-	10 %

(Diese Aufstellung ändert nichts am Grundsatz, dass ein Wettbewerb unter eingeladenen Bewerbern in der Regel nur durchgeführt werden darf, wenn der Kostenvoranschlag Fr. 300 000.- nicht übersteigt; vgl. Richtlinien der Baudirektion vom 6. Juni 1975, S. 5.)

2. Die Bestimmungen Ziffer I/3-5 finden entsprechend Anwendung.

III. Bei Varianten gemäss § 7 Abs. 2 und 3 Submissionsverordnung:

1. Für gleichartige Varianten gelten je nach der Art des Wettbewerbes die Bestimmungen unter Ziffer I oder II.

2. Liegen keine vergleichbaren Varianten vor, wird kein Unterangebot vermutet, wenn allfällige Preisnachlasse auf die abweichend vorgeschlagenen Lösungen zurückzuführen sind.

IV. Gemeinsame Bestimmung:

1. Offensichtliche Unterangebote können auch unabhängig von Ziffer I-III vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, sofern die den Wettbewerb durchführende Amtsstelle den eindeutigen Beweis erbringen kann, dass die Offerte unter den unternehmerischen Selbstkosten liegt.

2. Die Baudirektion ist darüber schriftlich, unter Beilage der nötigen Unterlagen zu orientieren.

B. Wettbewerbe mit durchwegs gleichen Preiseingaben

I. Bei allgemeinen Wettbewerben:

1. Werden ohne Berücksichtigung allfälliger Rabatte preislich nur gleiche Offerten eingereicht, ist nach Rücksprache mit der Baudirektion in der Regel der Wettbewerb als unbefriedigend im Sinne von § 4 Submissionsverordnung zu bezeichnen und neu als beschränkter Wettbewerb unter andern Bewerbern durchzuführen.

2. Gleiche Offerten innerhalb eines gültigen Wettbewerbs werden nicht berücksichtigt.

II. Bei Wettbewerben unter eingeladenen Bewerbern:

1. Werden ohne Berücksichtigung allfälliger Rabatte preislich nur gleiche Offerten eingereicht, gilt der Wettbewerb in der Regel als unbefriedigend im Sinne von § 4 Submissionsverordnung. Er ist neu unter andern Bewerbern durchzuführen.

2. Gleiche Offerten innerhalb eines gültigen Wettbewerbs werden nicht berücksichtigt.

III. Einschränkungen:

Kein neuer Wettbewerb ist anzuordnen bzw. kein Ausschluss erfolgt, wenn Gründe objektiver Natur zur Eingabe gleicher Offerten führen.

C. Schlussbestimmungen

I. Diese Richtlinien treten für nach dem 1. Januar 1976 durchgeführte Wettbewerbe in Kraft.

II. Ab diesem Zeitpunkt werden alle entgegenstehenden Bestimmungen anderer Richtlinien aufgehoben, insbesondere Ziffer VII/3 der Richtlinien der Baudirektion vom 6. Juni 1975.

III. Auf diese Richtlinien ist in den Wettbewerbsunterlagen aufmerksam zu machen.

Lebenslauf

Ich wurde am 11. März 1952 in Richterswil/ZH geboren. Die Primar- und Sekundarschule absolvierte ich an meinem Geburtsort.

Im März 1972 erwarb ich das Handelsdiplom an der Ecole supérieure de Commerce von La Neuveville und am 5. Juli 1973 die Handelsmaturität an der Ecole supérieure de Commerce von Neuenburg.

Im Wintersemester 1973/74 immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Mai 1979 wurde ich zum Lizentiaten und am 15. Juli 1981 zum Doktor promoviert.

